

Die Rechtslage des Arbeitnehmers bei Zahlungsunfähigkeit und Konkurs des Arbeitgebers

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

BÉATRICE GROB-ANDERMACHER
von Hausen am Albis ZH

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Manfred Reh binder



Juris Druck + Verlag Zürich
1982



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Rechtslage des Arbeitnehmers bei Zahlungsunfähigkeit und Konkurs des Arbeitgebers

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

BÉATRICE GROB-ANDERMACHER
von Hausen am Albis ZH

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder



Juris Druck + Verlag Zürich
1982

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet
hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne
damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 14. Juli 1982

Der Dekan:

Prof. Dr. Emil Stark



ISBN 3 260 04958 4

An dieser Stelle möchte ich es nicht versäumen, all jenen meinen Dank auszusprechen, die mich bei meiner Arbeit unterstützt haben:

- insbesondere Herrn Prof. Dr. M. Rehbinder, der mich bei der Wahl des Themas beraten, während des Verfassens betreut und die Arbeit innert kurzer Zeit und vor allem wohlwollend durchgesehen hat;
- Herrn Prof. Dr. H.-U. Walder für seine wertvollen Hinweise bezüglich des SchKG-Teils und der Revisionsvorschläge;
- der Stadtbibliothek Zug, die mir bei der Materialbeschaffung und auch bei der -suche zur Seite stand und weder Kosten noch Mühe scheute.

Noch einmal: Herzlichen Dank!

V O R W O R T

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers und versucht, die Bestimmungen des Obligationen-, Konkurs- und Sozialversicherungsrechts zu koordinieren und in einen einheitlichen Zusammenhang zu stellen. Die verschiedenen Rechtsgebiete werden jeweils nur unter dem ganz spezifischen Aspekt einer Insolvenz behandelt. Das geltende Recht vermag dem Gedanken des Sozialschutzes nicht in allen Teilen gerecht zu werden; die Rechtsbehelfe des Arbeitnehmers sind ungenügend.

Eine Besserstellung des Arbeitnehmers wird jetzt nicht im Konkurs-, wohl aber im Sozialversicherungsrecht zu erreichen versucht, und zwar im Rahmen der kommenden Insolvenzsanschädigung und des revidierten Art. 28 E-ALVG. Dadurch wird dem Arbeitnehmer allerdings nur, aber immerhin das Existenzminimum garantiert.

Obwohl auch nach Inkrafttreten des neuen Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzsanschädigung die Situation noch nicht restlos befriedigend ist, handelt es sich doch um einen nicht unbedeutenden Markstein auf dem Wege des Arbeitnehmers vom wirtschaftlich und sozial Abhängigen zum ebenbürtigen Mitarbeiter und Sozialpartner.

Das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht befindet sich ebenfalls in Revision. Der Vorentwurf der Expertenkommission berücksichtigt m. E. die Interessen des Arbeitnehmers zu wenig. Die vorliegende Arbeit setzt sich kritisch mit den Regelungen des SchKG auseinander und enthält zudem noch Revisionsvorschläge, die aufzeigen sollen, dass eine Besserstellung des Arbeitnehmers auch im Rahmen des SchKG durchaus zu verwirklichen wäre.

INHALTSUEBERSICHT

1	Kapitel INSOLVENZ DES ARBEITGEBERS UND SICHERSTELLUNGSMOEGlichkeit	1

	Vorbemerkung	
§ 1	ZUM BEGRIFF DER INSOLVENZ	2
§ 2	ALLGEMEINER GLAEBIGERSCHUTZ	3
	I. VORLEISTUNGSPFLICHT UND ERHOEHTE SCHUTZBEDUERFTIGKEIT	
	II. FEHLENDE INFORMATION UEBER DIE WIRTSCHAFTLICHE UND FINANZIELLE LAGE DES ARBEITGEBERS	4
	1. Ueberraschungseffekt und seine Ursachen	
	2. Informationsmöglichkeiten bei Nachweis der Gläubigereigenschaft	5
	a) Einsichtsrecht in die Protokolle der Betreibungs- und Konkursämter	
	b) Öffentlichkeit des Grundbuches	7
	c) Öffentlichkeit des Eigentumsvorbehaltsregisters	9
	d) Auflegung der Bilanz einer Aktiengesellschaft beim Handelsregisteramt	
	3. Praktische Durchführbarkeit	11
§ 3	SONDERREGELUNG FUER LOHNFORDERUNGEN	12
	I. SICHERSTELLUNG KUENFTIGER LOHNFORDERUNGEN, Art. 337a OR	
	1. Gesetzliche Regelung	
	2. Kritik zu Art. 337b Abs. 1 und 337c Abs. 2 OR	13
	3. Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf Sicherheits- leistung	15
	a) Problem einer Betreuung auf Sicherheitsleistung	
	b) Leistungsverweigerung	16
	4. Praktische Bedeutung	19
	II. NICHTBEZAHLUNG FAELLIGER LOHNFORDERUNGEN	20
	1. Auflösung aus wichtigen Gründen und Betreuung auf Zahlung	
	2. Verrechnungsmöglichkeit	21
§ 4	RETENTIONSRECHT	22
	I. VORAUSSETZUNGEN NACH Art. 895-898 ZGB	

II.	DAS ALLGEMEINE RETENTIONSRECHT DES ARBEITNEHMERS	24
	1. Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses	
	2. Bei Beendigung	
III.	DAS RETENTIONSRECHT BEI BESONDEREN VERTRAGS- VERHAELTNISSEN	25
	1. Der Handelsreisendenvertrag	
	2. Der Heimarbeitsvertrag	26
	3. Arbeitnehmerähnliche Vertragsverhältnisse	27
§ 5	EIN ALLFAELLIGES PFANDRECHT DE LEGE FERENDA	
I.	ZUR STATUIERUNG EINES GESETZLICHEN PFANDRECHTES	
II.	ANALOGIE ZUM VORZUGSPFANDRECHT	28
§ 6	MOEGlichkeiten IM BEREICHE DES ARBEITGEBERS ZUR SICHERUNG DER LOHNFORDERUNGEN	29
I.	VORLEISTUNGSPFLICHT DES ARBEITGEBERS	
II.	SCHAFFUNG EINES INSOLVENZFONDS	
2. Kapitel		
	PFAENDUNG UND KONKURS DES ARBEITGEBERS	31

§ 7	BEMERKUNGEN ZUM PFAENDUNGSVERFAHREN	
I.	DEM PFAENDUNGSVERFAHREN UNTERSTELLTE ARBEITGEBER	
II.	GRUNDSATZ: PRIOR TEMPORE - POTIOR IURE	32
	1. Zeitpunkt des Pfändungsbegehrens	
	2. Informationsproblem und Anschlussmöglichkeit nach Art. 110 SchKG	33
III.	PRIVILEGIERTE ANSCHLUSSPFAENDUNG DE LEGE FERENDA	34
§ 8	KONKURSEROEFFNUNG	35
I.	WIRKUNGEN DER KONKURSEROEFFNUNG AUF DAS ARBEITSVERHAELTNIS	
	1. Vorbemerkung	
	2. Betriebsschliessung	
	3. Weiterführung des Betriebes durch die Konkursverwaltung	36
	a) Eintrittsrecht	
	b) Sicherstellung	37
	c) Lohnforderungen als Massaschulden	
	d) Haftung für Massaschulden	38

II.	DER VERZICHT AUF EIN ORDENTLICHES KONKURSVERFAHREN MANGELS AKTIVEN	38
1.	Einstellung des Verfahrens, Art. 320 SchKG	
a)	Geltendes Recht	
b)	Praktische Bedeutung	39
c)	Art. 230 VE-SchKG	
2.	Summarisches Konkursverfahren, Art. 231 SchKG	40
III.	STATISTISCHER UEBERBLICK	41
1.	Konkursverfahren	
a)	Konkurseröffnungen in den Jahren 1970-1979	
b)	Konkurserledigungen in den Jahren 1970-1979	42
2.	Separate Erhebung von Dallèves/Ammann über die von Arbeitnehmern erlittenen Verluste	43
IV.	ZUR SITUATION DES ARBEITNEHMERS	
V.	UNGENUEGENDE REGELUNG IM ARBEITSLOSENVERSICHERUNGS- GESETZ	44
1.	Gesetzliche Regelung von Art. 28 ALVG und frühere Praxis	
2.	Entscheid des EVG zugunsten einer einheitlichen Rechtsanwendung	
3.	Entwurf zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung	45
§ 9	PRIVILEGIERTE GLAEBUGER	47
	Problemstellung	
I.	MERKMALE DES ARBEITNEHMERS	48
	Vorbemerkung: Allgemeine Umschreibung des Arbeitsverhältnisses	
1.	Kriterien	
a)	Vertragliche Leistung	
b)	Entrichtung eines Lohnes	49
c)	Verpflichtung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit	
d)	Leistung von Arbeit "im Dienst des Arbeitgebers"	50
2.	Indizien	52
a)	Weisungsunterworfenheit	
b)	Abzug von Steuern und Sozialbeiträgen	53
c)	Weitere Indizien	54
3.	Gesamthafte Würdigung und individuelle Gewichtung	
II.	DER LEITENDE ANGESTELLTE	56
1.	Begriff	
a)	Fehlende gesetzliche Regelung	
b)	Entscheidungsbefugnis in wesentlichen Angelegen- heiten und entsprechende Verantwortung	
2.	Zur Schutzbedürftigkeit	57
3.	Konkursprivileg	59

III. DIE ARBEITNEHMERAEHNLICHE PERSON	61
1. Bedeutung	
2. Persönliche Selbständigkeit und wirtschaftliche Abhängigkeit	62
3. Soziale Schutzbedürftigkeit	63
4. Konkursprivileg trotz Unternehmensbeteiligung	64
IV. ZUR LIMITIERUNG DER GEHALTSSTOEFUNG	65
1. Notwendigkeit	
2. Berechnungsmöglichkeit	
3. Grundsatz der Gleichbehandlung	67
§ 10 NATUR DER PRIVILEGIERTEN FORDERUNGEN	
I. GESETZLICHE REGELUNG	
II. ART DER FORDERUNG	68
1. Lohnforderung	
2. Ferienanspruch	
3. Gratifikation und/oder 13. Monatslohn	70
a) Gratifikation als freiwillige Zuwendung	
b) 13. Monatslohn als Lohnbestandteil	
c) Grenzfälle	71
4. Anteil am Geschäftsergebnis	
5. Provision	
6. Auslagenersatz	72
7. Kauttionen	
8. Abgangsentschädigung	73
a) Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis	
b) Bedeutung der 6-Monatsfrist	74
c) Vorentwurf und Verweisung in die zweite Klasse	75
d) Herabsetzung und Wegfall	76
9. Ansprüche aus Sozialplan	77
a) Sinn und Zweck eines Sozialplanes	
b) Vertragsparteien, Entstehung und Drittwirkung	
c) Privilegierung der Forderungen aus Sozialplan	78
d) Analogie zur Privilegierung der Abgangsentschädigung	80
10. Arbeitnehmererfindungen	
a) Dienstserfindungen	
b) Gelegenheitserfindungen	81
11. Gegenleistung des Arbeitgebers als Ausgleich für ein Konkurrenzverbot	
III. LANGFRISTIGE ARBEITSVERTRÄGE	82
1. Problemstellung	
2. Missbrauchsmöglichkeit	83
3. Lösungsvorschlag	

IV. BERECHNUNG DER 6-MONATSFRIST	86
1. Ausnahme bei der Nachlassstundung, Art. 297 SchKG	
a) Historischer Werdegang und Vergleich mit der Notstundung	
b) Zusammenfassung und Ergebnis	88
2. Konkursaufschub bei der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Genossenschaft	
3. Vorentwurf der Expertenkommission	89
4. Revisionsvorschlag	
§ 11 VERLUSTSCHEIN TROTZ PRIVILEGIERUNG	91
I. VORABBEFRIEDIGUNG PFANDVERSICHERTER FORDERUNGEN	
II. MASSEKOSTEN	
II. REVISIONSMÖGLICHKEITEN	
1. Absoluter Vorrang der privilegierten Forderungen	92
2. Gleichstellung der Arbeitnehmerforderungen mit den Massaschulden	93
3. Prozentualer Beitrag an die Konkursmasse	
§ 12 KONKURSDAUER	94
I. LANGDAUERNDEN VERFAHREN	
II. LOHNZAHLUNG ALS EXISTENZGRUNDLAGE	95
III. DE LEGE FERENDA: LOHNFORDERUNGEN ALS UNSTREITIGE ANSPRÜCHE, DIE SOGLEICH BEFRIEDIGT WERDEN KÖNNEN	
§ 13 BETRIEBSUEBERNAHME DURCH DRITTE	96
§ 14 ARBEITNEHMERFORDERUNGEN IM NACHLASSVERFAHREN	97
I. BEDEUTUNG UND STATISTISCHER ÜBERBLICK	
II. DER AUSSERGERICHTLICHE NACHLASSVERTRAG	98
III. DER GERICHTLICH BESTÄTIGTE NACHLASSVERTRAG	99
1. Ordentlicher Nachlassvertrag (Prozentvergleich)	
2. Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich)	100
3. Fristberechnung	101
a) 6-Monatsfrist	
b) 20-tägige Frist	
4. Der Nachlassvertrag im Konkurs	102

3. Kapitel

BUNDESGESETZ UEBER DIE OBLIGATORISCHE ARBEITSLOSEN-
VERSICHERUNG UND DIE INSOLVENZENTSCHAEDIGUNG

§ 15 GRUNDLAGE UND ENTSTEHUNG	103
I. NOTWENDIGKEIT	
II. VERFASSUNGSGRUNDLAGE	
III. PARLAMENTARISCHE VORSTOESSE	104
1. Motion Hubacher	
2. Postulat Muret	
3. Motion Canonica	105
IV. EG-RICHTLINIE	
1. Vorschlag der Kommission	106
2. Stellungnahme des Europäischen Parlamentes	107
3. Richtlinie des Rates vom 20. Oktober 1980	108
4. Weitere Entwicklung	109
V. RECHTSVERGLEICHENDER UEBERBLICK	110
1. Deutschland	
2. Oesterreich	112
3. Frankreich	113
§ 16 INSOLVENZENTSCHAEDIGUNG	114
I. VERSICHERTES RISIKO	
1. Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers	
2. Art und Umfang der gedeckten Forderung	115
a) Zeitliche Begrenzung	
b) Limitierung der Gehaltshöhe	
c) Sozialabzüge	
3. Territoriale Begrenzung	116
II. ANSPRUCHSBERECHTIGTE ARBEITNEHMER	
III. GELTENDMACHUNG	117
1. Frist von 60 Tagen	
2. Uebergang der Forderung auf die Kasse	
3. Uebrige Forderungen	
IV. FINANZIERUNG	118
V. KRITISCHE WUERDIGUNG	
1. Die 3-Monatsfrist	
2. Lohnzusammensetzung	120
3. Finanzierungsproblem	121
4. Kostenvorschuss	122
5. Gesamthafte Würdigung	123

4. Kapitel	
ZUSAMMENFASSUNG	124

LITERATURVERZEICHNIS	VIII
ABKUERZUNGSVERZEICHNIS	XIII

LITERATURVERZEICHNIS

- AMMANN, M. Eine Insolvenzenschädigung für den Arbeitnehmer? SZS 1980, 212-238
- ARREGGER, O. Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages und ihr Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag, Diss. Bern 1974
- BALLERSTEDT, K. Probleme einer Dogmatik des Arbeitsrechts, RdA 1976, 5-14
- BARTENBACH/VOLZ Der Arbeitnehmererfinder im Konkurs- und Vergleichsverfahren seines Arbeitgebers, DB 1981, 1121 f.
- BECKER, H. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Band VI, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941
II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, Bern 1934
- BEUTHIEN, V. Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter im Arbeitsrecht, RdA 1978, 2-10
- BIGLER, F.W. Kommentar zum Arbeitsgesetz, 2. Aufl. Bern 1968
- BIELER, F. Zur Sicherung der Arbeitnehmer bei der Uebernahme notleidender Betriebe, BB 1981, 435-439
- BIRCHMEIER Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag, Diss. Zürich 1926
- BIRK, R. Das Konkursausfallgeld - Ein rechtsvergleichender Ueberblick über die Insolvenzversicherung für Arbeitnehmerforderungen, RabelsZ 1975, 605-640
- BLUMENSTEIN, E. Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911
- BOEMLE, M. Unternehmensfinanzierung, 4. Aufl. Zürich 1975
- BRATSCHI, Th. Der Einkommensbegriff in der AHV, Diss. Bern 1952
- BRUEHWILER, J. Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Zürich 1978
- BUERGI, F.W. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band V, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft b/2, Art. 698-738, Zürich 1969
- BUERGI/
NORDMANN-ZIMMERMANN Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft b/3, Art. 739-771, Zürich 1979
- DALLEVES/AMMANN La protection des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur, Genf und St. Gallen 1980 (Diese Studie ist nicht im Buchhandel erhältlich, sondern ist in der Schriftenreihe des Centre d'études juridiques européennes in Genf und des Instituts für europäisches und internationales Wirtschafts- und Sozialrecht in St. Gallen als Bericht Nr. 8 im März 1980 erschienen.)

- EKONOMI, M. Die Zulässigkeit des befristeten Arbeitsvertrages, in Rechtsprobleme befristeter Arbeitsverträge, SSA Heft 5, Bern 1978
- FORSTMOSER, P. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, SSHW Bd. 30, Zürich 1978
- FORSTMOSER/
MEIER-HAYOZ Einführung in das Schweizerische Aktienrecht, 2. Aufl. Bern 1980
- FRITZSCHE, H. Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I und Bd. II, 2. Aufl. Zürich 1975 (unveränderter Nachdruck von 1954 und 1955)
- GUHL/MERZ/KUMMER Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl. Zürich 1980
- HAMELBECK Zur Krise des Insolvenzrechts, NJW 1975, 1497 f.
- HANISCH, H. Entwicklungstendenzen des gegenwärtigen Insolvenzrechts, JB 1977, 237-247
- Zur Reformbedürftigkeit des Konkurs- und Vergleichsrechts, ZZP 1977, 1-39
- Krise des Insolvenzrechts? BJM 1977, 161-179
- HEILMANN, H. Die Auswirkungen des Gesetzes über Konkursausfallgeld auf die Abwicklung von Konkursen, NJW 1974, 1895-1897
- Die Rechtslage des Arbeitnehmers im Konkurs des Arbeitgebers, NJW 1975, 1758-1763
- Konkurs bei Masseunzulänglichkeit, BB 1976, 765-770
- HEUSS-LUEDIN, Ch. Kurzarbeit, SSHW Bd. 26, Zürich 1978
- HERSCHEL, W. Entwicklungstendenzen des Arbeitsrechts, RdA 1956, 161-163
- Die arbeitnehmerähnliche Person, DB 1977, 1185-1189
- HILGER, M.L. Insolvenzschutz für Pensionäre und Arbeitnehmer bei Betriebsstillegung, ZIP 1981, 460-462
- HOLZER, M. Kommentar zum Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung, Zürich 1954
- HOMBERGER, A. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht Band IV, Art. 919-977, Zürich 1938
- HUECK, G. Einige Gedanken zum Begriff des Arbeitnehmers, RdA 1969, 216-220
- HUG, Walther Die Einwirkung von Schuldbetreibung und Konkurs auf das Dienstverhältnis, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festgabe für den Schweizerischen Juristentag 1944 in St. Gallen, St. Gallen 1944.
- HUTTERLI, C. Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht, SSA Heft 17, Bern 1982

- JAEGER, C. Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. Zürich 1911
- JAEGER/DAENIKER Schuldbetreibung und Konkurs-Praxis der Jahre 1911-1945, Bd. I, Zürich 1947
- KNUS, J. Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1978
- KOCKEL, C. Die Betreibung auf Sicherheitsleistung nach dem schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. Zürich 1931
- LIEB, M. Zur Schutzbedürftigkeit arbeitnehmerähnlicher Personen, RdA 1974, 257-269
- LUDWIG, P. Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Bern 1970
- GAUTSCHI, G. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. VI, 2. Abt., 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406, 3. Aufl. Bern 1971
5. Teilband, Art. 407-424, 2. Aufl. Bern 1964
- GIROUD, R. Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1981
- GRUNSKY, W. Zum konkursrechtlichen Rang einer vertraglichen Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes, ZIP 1981, 1177-1180
- OEHLERKING, J. Die Auswirkungen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers auf die Bezüge der Arbeitnehmer, Diss. Göttingen 1981
- OFTINGER, K. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht Bd. IV, Art. 884-918, 2. Aufl. Zürich 1952
- OSER/SCHOENENBERGER Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V, 1. Teil, Art. 1-183, Zürich 1928
2. Teil, Art. 184-418, Zürich 1936
- MEIER-HAYOZ/
FORSTMOSER Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts, 4. Aufl. Bern 1981
- RANCKE, F. Die freien Berufe zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht Bd. 37, Berlin 1978
- RAPP, F. Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages, BJM 1978, 169-194
- REHBINDER, M. Schweizerisches Arbeitsrecht, 6. Aufl. Bern 1981
zit.: Rehbinder
Recht und Arbeitskampf, SSA Heft 11, Bern 1980
zit.: Rehbinder, Recht und Arbeitskampf
Soziale Sicherung freier Mitarbeiter in rechtssoziologischer Sicht, in Freie Mitarbeiter in den Rundfunkanstalten, München 1973
zit.: Rehbinder, Soziale Sicherung

- Der Tankstellenvertrag im Blickfeld der Rechts-
tatsachenforschung, Berlin 1971
zit.: Rehbinder, Tankstellenvertrag
- REVISIONSHANDBUCH der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer,
Bd. 1, Zürich 1971, unveränderter Nachdruck 1976
- SCHLUETER, M. Die konkursrechtliche Behandlung der Sozialplanan-
sprüche und der Ausgleichsansprüche nach § 113
BetrVG, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht
Bd. 32, Berlin 1977
- SCHMID, F. Möglichkeiten zur Sicherung des Lohnausfallri-
sikos im Konkurs, SJZ 1978, 353-360
- SCHNORR von Anmerkung zu BAG 6.12.1974, AP Nr. 14 zu
CARLSFELD, L. § 611 BGB Abhängigkeit
- SCHOENENBERGER/ Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,
JAEggi Band V, Obligationenrecht, Teilband V 1a, Art.
1-17, 3. Aufl. Zürich 1973
- SCHWARZ, W. Probleme des österreichischen Insolvenz-Entgelt-
sicherungsgesetzes, in FS für Gerhard Müller,
Arbeitsleben und Rechtspflege, Berlin-München 1981
- SCHWEINGRUBER, E. Dienstvertrag und Betreibungsrecht - Zusammen-
hänge und Grenzfragen, BlSchK 1961, 129-146
Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen
Obligationenrechts, 2. Aufl. Bern 1976
- SEIDEL, N. Die arbeitnehmerähnlichen Personen im Urlaubsrecht,
BB 1970, 971-975
- von STEBUT, D. Ansprüche aus Arbeitsverhältnissen bei Insolvenz
des Arbeitgebers, DB Beilage Nr. 9/1975
- STOLTERFOHT, J.N. Tarifaautonomie für arbeitnehmerähnliche Personen?
DB 1973, 1068-1076
- STREIFF, U. Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht, Das
Bundesgesetz über den Arbeitsvertrag, Art. 319-
362 OR mit Kommentar für den Praktiker, 3. Aufl.
Glattbrugg/Zürich 1974
- von TUHR/ESCHER Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationen-
rechts, Bd. II, 3. Aufl. Zürich 1974
- von TUHR/PETER Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationen-
rechts, Bd. I, 3. Aufl. Zürich 1979
- TUOR/SCHNYDER Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl.
Zürich 1975
- UHLBRUCK, W. Zur Krise des Insolvenzrechts, NJW 1975,
897-903
- WACHTER, G. Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person,
Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht Bd. 53,
Berlin 1980
- WEBER/BRUESTLEIN Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs,
Zürich 1901

- WEYDMANN, Ph. Zweiseitige Verträge im Konkurs einer Vertrags-
partei, Diss. Zürich 1958
- WIRZ, M. Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses,
Diss. Basel 1979
- WYSS, U. Das Anstellungsverhältnis leitender Arbeitnehmer
insbesondere Direktoren, Prokuristen und Handlungs-
bevollmächtigter, Diss. Bern 1976
- ZEUNER, A. Ueberlegungen zum Begriff des Arbeitnehmers und
zum Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Regeln,
RdA 1975, 84-88
- Schutz des Arbeitnehmers im Konkurs des Arbeit-
gebers, JZ 1976, 1-9

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AFG	Arbeitsförderungsgesetz (D)
AG	Aktiengesellschaft
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung
ALVB	Bundesbeschluss über die Einführung der obligatorischen Arbeitslosenversicherung vom 8. Oktober 1976
ALVG	Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung
a. M.	anderer Meinung
aOR	Schweizerisches Obligationenrecht (Dienstvertragsrecht) in der Fassung von 1911
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (D)
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz)
ArGV I	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (Allgemeine Verordnung)
Art.	Artikel
ARV	Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (Mitteilungsblatt des BIGA)
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht (D)
BB	Betriebsberater
BBl.	Bundesblatt
Bd.	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz (D)
BCB	Bürgerliches Gesetzbuch (D)
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BV	Bundesverfassung
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E-ALVG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Botschaft vom 2. Juli 1980)
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaften
Erw.	Erwägung
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
FN	Fussnote
FS	Festschrift
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch (D)
HRAG	Bundesgesetz vom 13. Juli 1941 über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden, Botschaft und Entwurf BBl. 1940 I 1317 (Diese Regelung wurde mit wenigen Ausnahmen in den revidierten 10. Titel des OR über den Arbeitsvertrag übernommen)
HRV	Verordnung über das Handelsregister

IESG	Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz (A)
JAR	Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts
JB	Juristische Blätter
JZ	Juristenzeitung
KO	Konkursordnung (D)
KUVG	Bundesgesetz über Kranken- und Unfallversicherung
lit.	littera (Buchstabe)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
N.	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
o.	oben
ÖKO	Konkursordnung (A)
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
sog.	sogenannt
SSA	Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht
StenBull.	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat (NR)/ Ständerat (ST)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung
TVG	Tarifvertragsgesetz (D)
u.	unten
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
u.U.	unter Umständen
VE-URG II	Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht, Vorentwurf der II. Expertenkommission 1974
VE-SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (unver- öffentlichter Revisionsentwurf)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
ZAK	Zeitschrift für Ausgleichskassen
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzpraxis
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

1. Kapitel

INSOLVENZ DES ARBEITGEBERS UND

SICHERSTELLUNGSMÖGLICHKEIT

Vorbemerkung

Neben den speziellen arbeits- und konkursrechtlichen Bestimmungen stehen dem Arbeitnehmer auch die allgemeinen Gläubigerschutzrechte zu. Von den andern Gläubigern unterscheidet er sich aber nicht nur durch seine Vorleistungspflicht und seine mehr oder weniger persönliche, wirtschaftliche und soziale Abhängigkeit, sondern auch dadurch, dass er in der Regel für die ausstehende Lohnforderung keine Sicherheit erhält. Der Arbeitnehmer ist zudem selten über die ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe orientiert. Es fehlen ihm die nötigen betriebswirtschaftlichen Kenntnisse, um eine sich abzeichnende Krise rechtzeitig zu erkennen. Solange er Ende Monat den Lohn ausbezahlt erhält, braucht er sich um die finanziellen Verhältnisse seines Arbeitgebers nicht zu kümmern.

Bei einer ausbleibenden Lohnzahlung ist es für das Ergreifen einer Massnahme zur Kreditsicherung zu spät. Im Konkursfall erleidet der Arbeitnehmer nicht selten trotz seines Erstklassprivileges einen Verlust, denn die pfandversicherten Forderungen der übrigen Gläubigern werden noch vorweg bezahlt, also noch vor den Löhnen und Gehältern. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer nicht auch in Krisenzeiten und bei Anzeichen einer drohenden Insolvenz für seine Forderung eine Sicherheit verlangen könne. Es ist nicht einzusehen, weshalb nur er seine Leistung im blossen Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit erbringen soll, während sämtliche anderen Gläubiger bei Kreditgewährung eine Sicherheit verlangen.

§ 1 ZUM BEGRIFF DER INSOLVENZ

Die Insolvenz eines Unternehmens ist ein wirtschaftlicher Sachverhalt. Nicht selten hat selbst ein Bilanzkundiger Mühe, zu erkennen, ob ein Unternehmen zahlungsfähig ist oder nicht. Auf Zahlungsverzögerungen kann im allgemeinen nicht abgestellt werden, denn oft ist deren Ursache lediglich organisatorischer Natur. Bei der Frage der Zahlungsfähigkeit eines Arbeitgebers ist deshalb seine gesamte Vermögenslage nach den Grundsätzen der Betriebswirtschaftslehre und der kaufmännischen Buchführung zu untersuchen. Ein Arbeitnehmer, dem die fachspezifischen Kenntnisse fehlen, dürfte schlechweg überfordert sein.

Die Betriebswirtschaftslehre unterscheidet zwischen Zahlungsunfähigkeit im Sinne einer Illiquidität und Ueberschuldung. Zahlungsunfähigkeit bedeutet, dass die flüssigen Mittel zur Erfüllung der fälligen Verbindlichkeiten fehlen und auch durch Ueberbrückungskredite nicht mehr beschafft werden können. Bei einer Ueberschuldung ist das Fremdkapital nicht mehr voll durch das Unternehmensvermögen gedeckt.¹ Dabei wird zwischen einer echten und einer unechten Ueberschuldung unterschieden. Eine echte Ueberschuldung, bei der das Vermögen weder Eigenkapital noch Fremdkapital zu decken vermag, zeigt sich in der Bilanz entweder bereits buchmässig oder tritt buchmässig noch nicht in Erscheinung, weil gewisse Ueberbewertungen in der Bilanz enthalten sind. Bei einer echten Ueberschuldung ist wohl das Eigenkapital (Aktienkapital) buchmässig verloren, aber die Schulden sind immer noch zu hundert Prozent gedeckt, z.B. wegen offensichtlichen stillen Reserven in der Bilanz.²

¹ Boemle 440.

² Revisionshandbuch der Schweiz, Kapitel 3.4, 17-18.

Eine echte Ueberschuldung, die buchmässig vorerst noch Jahre hindurch mittels weiterer Kreditaufnahmen, Auflösung stiller Reserven und Ueberbewertung von Aktiven verheimlicht werden kann, zeigt sich realiter in Zahlungsunfähigkeit und in Zahlungseinstellung.³ Diese können sich aus amtlichen Feststellungen und Dokumenten (leere Pfändungsurkunden, laufende Konkursandrohungen, Konkursbegehren, Konkurs, Nachlassverfahren, Verlustscheine), konkludentem Verhalten oder einem Zugeständnis (Insolvenz-erklärung) ergeben.⁴ Spätestens zu diesem Zeitpunkt erfährt der Arbeitnehmer von den Zahlungsschwierigkeiten seines Arbeitgebers.

§ 2 ALLGEMEINER GLAEBIGERSCHUTZ

I. VORLEISTUNGSPFLICHT UND ERHOEHTE SCHUTZBEDUERFTIGKEIT

Der Arbeitnehmer ist Gläubiger des Lohnanspruchs. Er bezieht aus dem Arbeitsverhältnis in der Regel sein hauptsächlichstes, wenn nicht einziges Einkommen und verwendet dieses für die unmittelbaren und laufenden Existenzbedürfnisse.⁵ Er ist für seine Forderungen vorleistungspflichtig. Das Entgelt für die Arbeitsleistung wird ihm, wenn nicht kürzere Fristen verabredet oder üblich sind,

³ Hanisch, JBL 1977, 237-238; ders., ZZP 1977, 27; ders., BJM 1977, 165, wo von Ueberkreditieren im Interesse einer Umsatz-Expansion um jeden Preis die Rede ist.

⁴ Zur Ueberschuldung bei einer Aktiengesellschaft mit weiteren Hinweisen: Giroud 54 ff.

⁵ Hanisch, BJM 1977, 168; Schmid, SJZ 1978, 355.

Ende Monat ausbezahlt (Art. 323 OR). Dadurch gewährt er unfreiwillig einen Kredit ohne Sicherung (Blankokredit). Eine Sicherstellung kann nach Art. 337a OR erst bei Zahlungsunfähigkeit verlangt werden.⁶ Bedingt durch seine wirtschaftliche Unselbständigkeit und soziale Abhängigkeit hat er nicht die gleichen Möglichkeiten wie andere Gläubiger, sich gegen die Risiken einer Leistungsunfähigkeit des Vertragspartners zu sichern.⁷

Auch ist es in Anbetracht der wirtschaftlichen Ueberlegenheit des Vertragspartners nahezu unvorstellbar, dass ein Arbeitnehmer vor Stellenantritt eine Sicherheit im Umfange von einem oder zwei Monatsgehältern verlangen könnte. Eine solche Forderung dürfte kaum geeignet sein, das notwendige Vertrauensverhältnis herzustellen.

II. FEHLENDE INFORMATION UEBER DIE WIRTSCHAFTLICHE UND FINANZIELLE LAGE DES ARBEITGEBERS

1. Ueberraschungseffekt und seine Ursachen

Der Arbeitnehmer ist in der Regel selten über die wirtschaftliche und finanzielle Lage seines Arbeitgebers orientiert. Ausserdem werden bei einer anfänglichen Liqui-

⁶ Ausführlicher u. § 3 I.

⁷ Zeuner, JZ 1976, 1.

ditätskrise Massnahmen wie z. B. weitere Kreditaufnahmen getroffen, um wenigstens die Löhne pünktlich zu zahlen. Der Anschein eines florierenden Betriebes wird dadurch nach aussen hin gewahrt. Eine transparente Informationspolitik würde die Situation des Arbeitnehmers verbessern; aber die Offenbarung der wirtschaftlichen Notlage wirkt sich eher negativ auf den Ruf und die Kreditwürdigkeit des Unternehmens aus. Die betroffenen Arbeitnehmer würden vorzeitig einen neuen Arbeitsplatz suchen, und selbst eine bloss vorübergehende Krise wird so zur endgültigen.

Wenn die Zahlungsschwierigkeiten offen zutage treten, ist es für eine Lohnsicherung oft schon zu spät: das Grundstück und die Betriebsmittel sind bereits mit einem Pfandrecht (Art. 793 ff. ZGB) belegt; Waren wurden mit Eigentumsvorbehalt geliefert (Art. 715 ZGB); wertvolle Anlagen nicht gekauft, sondern geleast und gehören nicht zum Vermögen des Arbeitgebers; falls der Betrieb gepachtet oder die Räumlichkeiten gemietet sind, steht dem Vermieter (Art. 272 OR) oder dem Verpächter (Art. 282 Abs. 3 OR) ein Retentionsrecht zu; und Bauhandwerker haben eventuell bereits ein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).⁸

2. Informationsmöglichkeiten bei Nachweis der Gläubigereigenschaft

Die verschiedenen bestehenden Informationsmöglichkeiten, die einem allgemeinen Gläubigerschutz dienen, stehen auch dem Arbeitnehmer offen. Es handelt sich dabei um das Einsichtsrecht in die Protokolle der Betreibungs- und Konkursämter, der Blätter des Grundbuches, des Eigentumsvorbehaltsregisters und um die Auflegung der Bilanz einer AG beim Handelsregister.

a) Einsichtsrecht in die Protokolle der Betreibungs- und Konkursämter, Art. 8 Abs. 2 SchKG

Gemäss Art. 8 Abs. 2 SchKG kann jedermann, der ein Inter-

⁸ Dallèves/Ammann 28-29; Schmid, SJZ 1978, 354.

esse nachweist, die Protokolle der Betreibungs- und Konkursämter einsehen und sich Auszüge aus denselben geben lassen. Erforderlich ist nach der Rechtsprechung ein besonderes und gegenwärtiges Interesse rechtlicher Art, das Schutz verdient.⁹ Fritzsche betont, dass nicht jedes Interesse genüge, um Einsicht zu nehmen oder sich Auszüge erstellen zu lassen. Jedoch dürften die Anforderungen nicht überspannt werden.¹⁰

Sinn eines solchen Einsichtsrechts ist der Kredit-schutz. Das Interesse besteht zweifellos, wenn bereits Kredit gewährt wurde. Damit die Schutzfunktion ihren Zweck erfüllen kann, muss aber ein Interesse bereits bejaht werden, wenn jemand um Kredit ersucht wurde. Bei einem bestehenden Arbeitsverhältnis kann dem Arbeitnehmer aufgrund seiner Gläubigereigenschaft Einsicht jederzeit gestattet werden. Dieses Recht steht auch einem zukünftigen Arbeitnehmer zu, der seine Stelle noch nicht angetreten hat, denn er ist im Begriffe, seinem Arbeitgeber Kredit zu gewähren. Zu Bedenken Anlass gibt im letzteren Fall lediglich der Zeitpunkt des gegenwärtigen Interesses.¹¹

Obwohl nach dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 SchKG für die Auskunftserteilung ein Interesse "nachgewiesen" werden muss, verlangt die Praxis nur ein Glaubhaftmachen.¹² Eine Glaubhaftmachung wird in dem Sinne umschrieben, dass ernsthafte Indizien das Bestehen des behaupteten Interesses wahrscheinlich machen müssen.^{13a} Dies kann aber nicht ohne die Vorlage

9 BGE 93 III 6 mit weiteren Hinweisen; bestätigt in BGE 94 III 45 und BGE 99 III 44.

10 Fritzsche Bd. I § 14 II, S. 102: das allgemeine Interesse eines Kreditinformationsbüros genügt nicht.

11 Bei einer Vertragsofferte ist der Zeitpunkt des gegenwärtigen Interesses mit dem Antrag eingetreten: BGE 52 III 75.

12 BGE 52 III 76; Jaeger, Art. 8 SchKG N. 5.

13a BGE 94 III 45 E. 2; 93 III 6.

irgendwelcher Unterlagen geschehen. Eine bloße Behauptung, z.B. sich auf ein Stelleninserat melden zu wollen, genügt noch nicht.^{13b} Unter "ernsthaften Indizien" kann m. E. ein Bestätigungsschreiben des Arbeitgebers, in welchem sich dieser im positiven Sinne auf eine Bewerbung bezieht, verstanden werden (obgleich BGE 94 III 45 die Vorlage einer Kopie eines Bestätigungsschreibens eines Kreditgesuches als nicht genügend erachtet hat), denn zu diesem Zeitpunkt können die Interessen des Arbeitnehmers noch genügend gewahrt werden. Sollte erst ein zustandegekommener Arbeitsvertrag ein ernsthaftes Indiz sein, so hätte der Arbeitnehmer keine Möglichkeit mehr, sich rechtzeitig über die Zahlungsfähigkeit des Arbeitgebers zu informieren, d.h. bevor er den Stellenantritt definitiv zugesagt hat.

b) Oeffentlichkeit des Grundbuches, Art. 970 ZGB

Damit jemand Einsicht in die Blätter des Grundbuches samt zugehörigen Belegen nehmen kann, verlangt Art. 970 Abs. 2 ZGB ebenfalls ein glaubhaft gemachtes Interesse. Dieses muss aber nicht ein rechtliches sein; ein tatsächliches, selbst ein wirtschaftliches genügt. Als Beispiel führt Homberger die persönlichen Gläubiger eines Grundeigentümers auf. Ihnen muss aufgrund wirtschaftlicher Interessen die Höhe der Belastung bekanntgegeben werden.¹⁴ Da der Arbeitnehmer Gläubiger des allfälligen Grundeigentümers ist, stehen auch ihm diese Rechte zu.

^{13b} BGE 105 III 41.

Da nicht nur ein bestehendes (dingliches oder obligatorisches) Recht, sondern auch künftige Rechte eine Grundlage für das erforderliche Interesse bilden, muss dem Arbeitnehmer auch hier ein Einsichtsrecht schon vor Stellenantritt zugesprochen werden.¹⁵ Einzige Voraussetzung ist, dass es sich um ein tatsächliches Interesse handelt, das rechtlich schutzwürdig ist; blosse Neugier genügt nicht.¹⁶

Um dem Schutzbedürfnis des Schuldners gerecht zu werden, besteht das Einsichtsrecht nicht uneingeschränkt. Der Umfang der Einsichtnahme wird durch den Umfang des glaubhaft gemachten Interesses bestimmt.¹⁷ Das Bundesgericht führt dazu aus, dass die Nachforschungen zielgerichtet zu erfolgen und sich stets auf den gesuchten Gegenstand zu beschränken haben.¹⁸

Für den Arbeitnehmer bedeutet dies, dass ihm die Einsicht in dem Umfange gewährt werden muss, der zur Ermittlung der Zahlungsfähigkeit seines Arbeitgebers notwendig ist.

14/15 Homberger, Art. 970 ZGB N. 7 mit weiteren Hinweisen.

16 Homberger, Art. 970 ZGB N. 8.

17 Homberger, Art. 970 ZGB N. 10.

18 BGE 97 I 702.

c) Öffentlichkeit des Eigentumsvorbehaltsregisters,
Art. 715 ZGB

Bedingt durch das Aufkommen des Finanzierungs-Leasings sind verschiedene Aktiven oft mit einem Eigentumsvorbehalt belegt und zählen nicht zur Konkursmasse.¹⁹ Zum Schutze der Arbeitnehmer sowie der übrigen Gläubiger wird dieser in ein öffentliches Register eingetragen (Art. 715 Abs. 1 ZGB). Die Einsicht ist jedermann zu gestatten.²⁰

Hauptzweck des Eigentumsvorbehaltsregisters ist der Kreditschutz.²¹ Personen, die jemandem Kredit gewähren, sollen feststellen können, ob an den im Besitz des Kreditnehmers befindlichen Gegenstände ein Eigentumsvorbehalt besteht. Das Risiko einer falschen Beurteilung der Vermögenslage des Kreditnehmers wird so vermindert.²²

d) Auflegung der Bilanz einer Aktiengesellschaft
beim Handelsregisteramt, Art 704 OR und
Art. 85 Abs. 1 HRV

Auf Begehren einer Person, die sich als Gläubiger der Gesellschaft ausweist, hat das Handelsregisteramt von Aktiengesellschaften, die ihre Gewinn- und Verlustrechnung und Bilanz nicht veröffentlichen, dieselben einzufordern und zur Einsicht aufzulegen.²³ Diese Regelung gilt nur für Aktiengesellschaften und nicht auch für andere Gesellschaftsformen. Eine Ausnahme bildet aufgrund Art. 764 Abs. 2 OR die heute praktisch ausgestorbene

19 Ammann, SZS 1980, 214.

20 Art. 17 der Verordnung des Bundesgerichtes betreffend die Eintragung der Eigentumsvorbehalte, in der Fassung vom 29.10.1962.

21 BGE 96 II 171; 106 II 320 ff.

22 Tuor/Schnyder § 93 II a 4, S. 585-587; BGE 93 III 111d.

23 Art. 704 OR und Art. 85 Abs. 1 HRV.

Kommanditaktiengesellschaft.²⁴ Zur Einsicht kann aber nur die letzte Jahresrechnung verlangt werden.²⁵

Bei dieser Bestimmung bildet im Gegensatz zur Einsicht in die Protokolle der Betreibungs- und Konkursämter und in die Blätter des Grundbuches nicht die Glaubhaftmachung, sondern der Ausweis der Gläubigereigenschaft die Voraussetzung.²⁶ Ob an diesen Ausweis oder Nachweis der Gläubigereigenschaft ein mehr oder minder strenger Massstab gelegt werden soll, ist umstritten. Das Bundesgericht will die Voraussetzung eher restriktiv verstanden haben.²⁷ Bürgi hingegen gewährt das Recht auch einem Gläubiger, dessen Forderung bestritten ist, aber doch einer näheren Prüfung bedürfte. Andernfalls könnte die Gesellschaft durch Bestreiten der Forderung permanent die Einsichtnahme verhindern.²⁸

Das Einsichtsrecht kommt allein demjenigen zu, der nachweist, dass er Gesellschaftsgläubiger ist, aber nicht schon jemandem, der künftig Gläubiger werden könnte.²⁹ Der Arbeitnehmer muss also bereits Gläubiger sein, um die Auflegung der Jahresrechnung verlangen zu können.

In der Praxis werden die Bilanz sowie die Gewinn- und Verlustrechnung selten fristgerecht, sondern meist mit einiger Verzögerung erstellt.³⁰ Die Aktiengesellschaft kann zusätzlich die Auflegung willkürlich mit der Begründung hinausschieben, die Buchhaltungs- und Revisionsarbeiten seien noch nicht abgeschlossen. Ein wirksamer Gläubigerschutz wird so verunmöglicht; und wenn die Jahresrechnung endlich mit Verspätung aufgelegt wird, sind die Zahlen nicht mehr aktuell.

²⁴ Bürgi/Nordmann-Zimmermann, Art. 764-771 OR.

²⁵ BGE 69 I 134.

²⁶ BGE 78 I 165 ff. und BGE 99 Ib 436 ff.

²⁷ BGE 78 I 165 ff.

²⁸ Bürgi, Art. 704 OR N. 6 mit weiteren Hinweisen.

²⁹ BGE 78 I 172.

³⁰ Nach Art. 699 Abs. 2 OR spätestens bis zur Generalversammlung, die innerhalb sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres stattfinden sollte.

Art. 704 OR ist zur Informationsbeschaffung des Arbeitnehmers im Verhältnis zu Art. 8 Abs. 2 SchKG, Art. 715 und Art. 970 Abs. 2 ZGB aus den erwähnten Gründen weniger gut geeignet. Abgesehen davon, dass der Arbeitgeber durch Zahlung jederzeit die Auflegung vereiteln kann, trägt unter Umständen selbst eine Einsichtnahme nicht zur Klärung der tatsächlichen Vermögens- und Ertragslage bei.³¹

3. Praktische Durchführbarkeit

Um kontinuierliche Informationen zu erhalten, müsste der Arbeitnehmer je nach Wirtschaftslage in regelmässigen Abständen sämtliche erwähnten Register konsultieren. Jedesmal werden ihm Kosten und Gebühren auferlegt. Durch seine dauernden Nachforschungen bringt er dem Arbeitgeber ein ständiges Misstrauen entgegen, das sich auf die Arbeitsmoral und eine Zusammenarbeit im Sinne eines Gemeinschaftsverhältnisses negativ auswirkt.

Abgesehen von der Unzumutbarkeit regelmässiger Kontrollen liegt das Problem überdies bei der Rechtsinformation. Aber selbst wenn der Arbeitnehmer um seine Einsichtsrechte weiss und diese auch wahrnimmt, hat er noch keine Gewähr einer vollständigen Information, sondern lediglich gewisse Anhaltspunkte über die Vermögenslage des Arbeitgebers. Diese bedürften noch einer Gewichtung und Auslegung durch einen neutralen Experten.

Die allgemeinen Gläubigerschutzrechte sind daher für die Informationsbeschaffung durch den Arbeitnehmer ungeeignet. Er will sich im übrigen auch nicht unbedingt mit der gesam-

³¹ Bedenken siehe o. § 1; Hanisch, ZZP 1977, 9 und 28: Schwächen des Bilanzwesens gestatten, die Ueberschuldung zu verschleiern.

ten Vermögenslage seines Arbeitgebers auseinandersetzen, sondern schlicht eine Garantie dafür erhalten, dass seine Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis pünktlich bezahlt werden.

§ 3 SONDERREGELUNG FÜR LOHNFORDERUNGEN

I. SICHERSTELLUNG KÜNFTIGER LOHNFORDERUNGEN

Art. 337a OR

1. Gesetzliche Regelung

Der Arbeitnehmer kann nach Art. 337a OR für künftige Lohnforderungen bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers eine Sicherstellung verlangen. Diese kann z. B. in Form einer Pfandbestellung, Bürgschaft, Hinterlegung oder Forderungsabtretung bestehen und dehnt sich auf sämtliche Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis aus.³² Dem Umfang nach erstreckt sie sich aber nicht bloss auf den Lohn für die laufende Periode, sondern bei Verträgen auf bestimmte Dauer wird der Anspruch auf die ganze Vertragsdauer, bei Verträgen auf unbestimmte Dauer lediglich bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin berechnet. Der ziffernmässige Betrag kann bei langfristigen Verträgen mit hoher Abgangsentschädigung ein solches Ausmass annehmen, dass ein Aufbringen der Sicherung aussichtslos ist. In diesen Fällen kann eine kürzere Zeitspanne je nach den Umständen des Einzelfalles als genügend gelten.³³ Eine Berechnung entsprechend den Verträgen auf unbestimmte Zeit ist m. E. sinnvoller als eine illusorisch hohe Sicherstellung für die gesamte Vertragsdauer.

32 Botschaft zum Arbeitsvertrag, BBl. 1967 II 338; Brühwiler, Art. 337a N. 4; Natur der privilegierten Forderung u. § 10 II.

33 Oser/Schönenberger, Art. 354 aOR N. 3.

Wird dem Arbeitnehmer die verlangte Sicherstellung nicht innert angemessener Frist geleistet, so kann er das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen.³⁴ Er hat Anspruch auf vollen Schadenersatz unter Berücksichtigung aller aus dem Arbeitsverhältnis entstehenden Forderungen (Art. 337b Abs. 1 OR), wenn der Arbeitgeber sich vertragswidrig verhalten hat. Andernfalls bestimmt der Richter die vermögensrechtlichen Folgen (Art. 337b Abs. 2 OR).³⁵

2. Kritik an Art. 337b Abs. 1 und 337c Abs. 2 OR

Die Regelung der Folgen bei gerechtfertigter Auflösung in Art. 337b OR ist unbefriedigend.

Die Pflicht zur Leistung eines vollen Schadenersatzes unter Berücksichtigung aller aus dem Arbeitsverhältnis entstehenden Forderungen besteht ohne Differenzierung, ob es sich um ein langfristig befristetes oder um ein unbefristetes (kündbares) Arbeitsverhältnis handelt.³⁶

Bei einem langfristigen Vertrag, der je nach Ausgestaltung über Jahre hinweg unkündbar ist, kann die Forderungssumme (Lohnanspruch bis zum Ablauf der Vertragszeit und Schadenersatz) ein bedenkliches Ausmass annehmen und zu einer stossenden Ungerechtigkeit gegenüber einem schuldlos in Konkurs geratenen Arbeitgeber und den übrigen Arbeit-

34 Rapp, BJM 1978, 173 mit weiteren Hinweisen; Streiff, Art. 337a OR N. 16: bei Lohngefährdung wird regelmässig eine recht kurze Frist angemessen sein, innert welcher die Sicherstellung zu erfolgen hat.

35 Brühwiler, Art. 337b OR N. 1 und 2, vgl. auch Art. 324 OR N. 2 und 3; Rapp, BJM 1978, 170 FN 4. Dem Umkehrschluss aus Art. 337a OR, dass der Arbeitgeber bei Zahlungsunfähigkeit nicht zur fristlosen Kündigung berechtigt sei, kann nicht gefolgt werden. Vielmehr hat der Arbeitgeber das Recht, das Arbeitsverhältnis nach Art. 337c OR aufzulösen; entweder fristlos oder ordentlich. Die ordentliche Kündigung hat in Verbindung mit einem Annahmeverzug (Art. 324 Abs. 2 OR) für den Arbeitnehmer die gleichen Wirkungen wie eine Auflösung nach Art. 337c Abs. 2 OR.
Beispiel einer krisenbedingten Liquidation in BGE 60 II 286 ff.

36 Oser/Schönenberger, Art. 353 aOR N. 3: zu ersetzen ist das Erfüllungsgeldinteresse; BGE 97 II 150 und 99 II 312: als Schaden kann nur die Vermögenseinbusse nach der Kündigung in Betracht kommen.

nehmern führen.³⁷ Vor allem fehlt in Art. 337b OR eine Regelung, wie sie Art. 337c Abs. 2 OR vorsieht, wo sich der Arbeitnehmer auf den Lohn anrechnen lassen muss, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat.³⁸

Im Falle einer gerechtfertigten fristlosen Auflösung des auf längere Zeit eingegangenen Vertragsverhältnisses durch den Arbeitnehmer ergeben sich für den Arbeitgeber aus Art. 337b OR praktisch untragbare Konsequenzen. Eine gerechte Lösung durch analoge Anwendung von Art. 337c Abs. 2 OR würde sich aufdrängen. Art. 337b OR ist aber absolut zwingend (Art. 361 OR). Da sich ein allfälliger weiterer Schaden nach den allgemeinen Grundsätzen gemäss Art. 41 ff. OR mit Anrechnungspflicht berechnet, führt dies indirekt zur gleichen Lösung, wie sie in Art. 337c Abs. 2 OR für die reine Schadensberechnung vorgesehen ist. Was den Lohnanspruch bis zum Ablauf der Vertragszeit betrifft, kann dieser nur nach Art. 337b Abs. 2 OR durch den Richter nach seinem Ermessen und den Umständen begrenzt werden.³⁹

³⁷ Problematik u. § 10 III.

³⁸ Kritik bei Dallèves/Ammann 21 FN 40.

³⁹ Becker, Art. 353 aOR N. 4 geht auch bei einem Verschulden des Arbeitgebers von einer Anrechnung aus; im gleichen Sinne und ausführlicher Oser/Schönenberger, Art. 353 aOR N. 5 und 6; Rapp, BJM 1978, 178: in Ausübung seines Ermessens kann der Richter zu Lösungen gelangen, die die berechnete fristlose Kündigung in ihren Wirkungen weitgehend der unberechneten Kündigung angleichen. Eine völlige Identität der Rechtsfolgen aus Art. 337b Abs. 2 und Art. 337c OR dürfte allerdings unzulässig sein; BGE 44 II 414 und 60 II 292.

3. Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf Sicherheitsleistung

a) Problem einer Betreibung auf Sicherheitsleistung

Art. 337a OR bestimmt, dass der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen kann, sofern ihm für seine Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis nicht innert angemessener Frist Sicherheit geleistet wird. Es stellt sich die Frage, ob die Sicherheitsleistung eine Pflicht oder eine Obliegenheit des Arbeitgebers darstellt. Die Betreibung einer Sicherheitsleistung nach Art. 38 SchKG kann nur dann erfolgen, wenn es sich um eine Rechtspflicht handelt (Wahlobligation des Arbeitnehmers).^{40a}

Die Botschaft zur Revision des Arbeitsvertragsrechts weist auf Art. 354 aOR hin, der seinerseits auf Art. 83 OR weiterverwies.^{40b} Art. 83 OR begründet aber keine Rechtspflicht zur Sicherheitsleistung.^{40c} Es handelt sich um die ausnahmsweise zugebilligte Möglichkeit der nachträglichen Aufhebung eines Vertrages zufolge einschneidender Veränderung der Verhältnisse seit Vertragsabschluss (clausula rebus sic stantibus).

Der Arbeitnehmer hat mithin nicht die Wahlmöglichkeit, aufzulösen oder Sicherstellung zu verlangen, sondern er hat lediglich das Recht, das Vertragsverhältnis aufzulösen, falls ihm keine Sicherheit geleistet wird. Diese könnte erst dann auf dem Betreibungswege geltend gemacht werden, wenn sie vertraglich oder durch Gerichtsurteil festgesetzt worden wäre.

40a Blumenstein 136-137; Jaeger, Art. 38 SchKG N. 3; Kockel 3 und 40-41.

40b BBL. 1967 II 388; Oser/Schönenberger, Art. 354 aOR N. 1, deshalb erübrigte sich diese Bestimmung.

40c Guhl/Merz/Kummer 23; von Tuhr/Peter § 11, S. 77-82; Weydmann 18.

Die Frist zur Sicherstellung muss wegen des Risikos der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers kurz sein. Sie dauert in der Praxis höchstens zwei bis drei Tage.

b) Leistungsverweigerung

Falls der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis noch nicht auflösen will, kann er nach Art. 83 Abs. 1 OR seine Leistung so lange zurückhalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird.⁴¹

Die allgemeinen Voraussetzungen für eine Leistungsverweigerung sind:

- Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei (Konkurs, fruchtlose Pfändung, andere Anhaltspunkte);
- eine aus der Zahlungsunfähigkeit hervorgehende Gefährdung der Gegenleistung;⁴²
- Zahlungsunfähigkeit und Gefährdung des Anspruchs müssen nach der Zeit des Vertragsabschlusses eingetreten sein.⁴³

-
- 41 Oser/Schönenberger, Art. 354 aOR N. 1 mit weiteren Hinweisen. Auch die Expertenkommission für das OR von 1911 war der Auffassung, dass der Arbeitnehmer im Falle von Art. 354 OR ein Leistungsverweigerungsrecht – entsprechend Art. 83 OR – habe (Protokoll Expertenkommission vom 6.3.1909, S. 5 f.). Vgl. auch die Kritik von Oser/Schönenberger, Art. 354 aOR N. 1 an Becker, Art. 354 aOR N. 2, der annimmt, dass gegenüber Art. 83 OR der Unterschied bestehe, dass das Recht der Zurückhaltung der Dienstleistung bis zur Sicherstellung nicht gegeben sei, weil die Nachholung der Dienste unmöglich oder jedenfalls unzumutbar sei; falsch auch Birchmeier 129.
- 42 Art. 337a OR erwähnt im Gegensatz zu Art. 83 OR die Gefährdung des Anspruchs nicht als besondere Voraussetzung, dagegen verweist die Mariginale darauf, Becker, Art. 354 aOR N. 1.
- 43 Oser/Schönenberger, Art. 83 OR N. 5–10; von Tuhr/Escher § 64 VII, S. 66; vgl. Becker, Art. 83 OR N. 4: Die Zahlungsunfähigkeit muss nach dem Vertragsabschluss offenkundig geworden sein.

Bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers sind diese Voraussetzungen gegeben: der Arbeitnehmer ist vorleistungspflichtig, die Lohnforderung für den laufenden Monat noch nicht fällig und der Anspruch zweifelsfrei gefährdet. Keine Gefährdung des Anspruchs liegt vor, wenn der Arbeitnehmer den Lohn zum voraus erhalten hat, und nach Becker auch, wenn er einen zu bearbeitenden Gegenstand in seinem Gewahrsam hat, der ihn reichlich sichert, oder wenn dem Arbeitgeber eine verrechenbare Gegenforderung zusteht.⁴⁴ Mangels einer Gefährdung findet in diesen Fällen Art. 337a OR keine Anwendung.

Sollte der Arbeitgeber bereits bei Vertragsabschluss zahlungsunfähig sein, ist zu unterscheiden, ob die Zahlungsunfähigkeit dem Arbeitnehmer bekannt war oder nicht. Ein Arbeitnehmer, der bei Vertragsabschluss Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit hat, kann sich nicht auf Art. 83 Abs. 2 OR berufen. Deshalb ist Art. 83 OR auf die von der Konkursverwaltung abgeschlossenen Verträge nicht anwendbar.⁴⁵

Es stellt sich aber die Frage, ob der gutgläubige Arbeitnehmer, der im Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit ein Arbeitsverhältnis eingegangen ist, zu einem Zeitpunkt, da die Gegenpartei bereits ausgepfändet oder in Konkurs geraten war, sich ebenfalls auf Art. 83 OR berufen kann.

Nach Veröffentlichung (Art. 232 SchKG) der Konkurseröffnung wird jedermann so behandelt, als ob er Kenntnis davon hätte.⁴⁶ Der Arbeitnehmer kann demzufolge nicht mehr gutgläubig sein, und es entfällt eine Berufung auf Art. 83 Abs. 2 OR.

⁴⁴ Becker, Art. 354 aOR N. 1.

⁴⁵ BGE 56 III 186.

⁴⁶ Fritzsche Bd. II, S. 41.

Die Betreibung auf Pfändung hingegen wird nicht veröffentlicht. Ein Arbeitnehmer kann auch nach erfolgter Pfändung gutgläubig ein Arbeitsverhältnis eingehen. Diese Gutgläubigkeit ist ihm u.U. auch noch für die Zeit nach der Konkurseröffnung, aber vor deren Veröffentlichung zuzubilligen.^{47a}

Die Voraussetzung, dass Zahlungsunfähigkeit und Gefährdung des Anspruchs nach Vertragsabschluss eingetreten sein müssen, entfällt, wenn sich der Arbeitnehmer in einem wesentlichen Irrtum befand.^{47b} Da bei einem Arbeitsvertrag der Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Arbeitgebers ein wesentlicher ist (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR), kann sich der Arbeitnehmer auch in diesem Falle auf Art. 83 OR berufen.^{47c}

47a Vgl. auch Art. 205 Abs. 2 SchKG für Zahlungen an den Gemeinschuldner in Unkenntnis der Konkurseröffnung.

47b Oser/Schönenberger, Art. 83 OR N. 10.

47c Ob es sich beim Irrtum über die Zahlungsfähigkeit um einen wesentlichen Irrtum handelt, ist streitig. Von Tuhr/Peter § 37, S. 311 wollen den Irrtum über die Zahlungsfähigkeit nicht gelten lassen, denn eine Anfechtung, wenn es zum Konkurs käme, würde die Liquidation der Masse und namentlich die Abwicklung der Verträge nach Art. 211 SchKG stören, die jüngeren, unvorsichtigeren Gläubiger begünstigen und die älteren Gläubiger, die bei gutem Stand des Vermögens des Schuldners Kredit gegeben hätten, benachteiligen. Von Tuhr/Escher § 64, S. 66 erwähnen die Anfechtung des Vertrages aus wesentlichem Irrtum bei ursprünglicher Zahlungsunfähigkeit, lehnen diese Möglichkeit jedoch ab.

Eine differenziertere Lösung trifft Becker, Art. 24 OR N. 25. Nach der historischen Entwicklung muss der Irrtum über die Zahlungsfähigkeit jedenfalls dann als wesentlich angesehen werden, wenn er auf einen Irrtum über eine Eigenschaft der Person des Schuldners zurückgeht. (Nach Art. 21 aOR war ein Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nicht Anfechtungsgrund. Das gegenwärtige Gesetz hat diese Bestimmung fallen gelassen und man dürfe annehmen, dass Art. 24 Ziff. 4 den Kreis der Fälle des wesentlichen Irrtums erweitert, die Strenge des alten Gesetzes mildern wollte.)

Oser/Schönenberger, Art. 83 OR N. 10 anerkennen grundsätzlich, dass die Zahlungsunfähigkeit nach Vertragsabschluss eingetreten sein muss. In Analogie zum Darlehensvertrag (Art. 316 Abs. 2 OR), bei dem ein Irrtum über die Zahlungsunfähigkeit eine wesentliche Rolle spielt, soll aber das Recht auf Anfechtung aus Art. 24 Ziff. 4 auch bei anderen Kreditgeschäften gelten, Art. 24 OR N. 50.

4. Praktische Bedeutung

Die Sicherstellung künftigen Lohnes spielte bis anhin kaum eine Rolle.⁴⁸ Zuzufolge mangelnder Information erfährt der Arbeitnehmer in der Regel erst von der Zahlungsunfähigkeit seines Arbeitgebers, wenn die Krise offenbar geworden ist und bereits Rückstände bei der Lohnzahlung vorhanden sind. Nach Schmid ist es dem Arbeitnehmer praktisch gar nicht möglich, seinen Arbeitgeber so zeitig in Konkurs zu bringen, dass die Masse nicht schon hoffnungslos überschuldet ist.⁴⁹

⁴⁸ Schweingruber, Art. 337a OR N. 5.

⁴⁹ Schmid, SJZ 1978, 356.

II. NICHTBEZAHLUNG FAELLIGER LOHNFORDERUNGEN

1. Auflösung aus wichtigen Gründen und Betreibung auf Zahlung

Der Arbeitnehmer hat bei Nichtbezahlung des fälligen Lohnes die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen (Art. 337 Abs. 1 und 2 OR) fristlos aufzulösen. Eine Fortsetzung desselben ist ihm nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten.⁵⁰ Die Ansprüche des Arbeitnehmers berechnen sich nach Art. 337b OR.⁵¹ Sämtliche Ansprüche und eine allfällige Schadenersatzforderung werden nun bei Auflösung fällig und können auf dem Betreibungswege geltend gemacht werden.

Unter Berufung auf Art. 82 und 83 Abs. 1 OR verweist Schweingruber auf einen anderen Ausweg und gesteht dem Arbeitnehmer statt einer Vertragsauflösung das Recht zu, bei Nichterhalt seines verdienten Lohnes seine Arbeit vorübergehend einzustellen, bis der säumige Arbeitgeber den Lohnrückstand bezahlt hat.⁵² Dieses Recht sei für den Fall, dass der Arbeitgeber zahlungsunfähig sei, in Art. 83 Abs. 1 OR ausdrücklich erwähnt, ergäbe sich aber auch für andere Säumnisfälle aus der allgemeinen Regel, dass bei zweiseitigen Verträgen eine Partei die andere nicht verpflichten könne, weiterhin zu leisten, wenn sie selber nicht vertragsgemäss erfülle. Dogmatisch ist diese Lösung aber äusserst inkonsequent, denn Art. 83 Abs. 1 OR regelt lediglich die Sicherstellung der Gegenleistung der zahlungsunfähigen Partei, und zwar bevor

⁵⁰ Becker, Art. 352 aOR N. 14.

⁵¹ Kritik siehe o. § 3 I 2.

⁵² Schweingruber, Art. 337a OR N. 5.

ihre Leistung fällig geworden ist.⁵³

Kommt der Arbeitgeber ganz oder teilweise seiner Lohnzahlungspflicht nicht nach, wird der Arbeitnehmer in der Regel nicht mit Verweigerung der Arbeitsleistung reagieren können, weil er vorleistungspflichtig ist und die dem fälligen Lohn entsprechende Arbeit schon geleistet hat. Die fällige Forderung hat der Arbeitnehmer allein auf dem Betreibungswege geltend zu machen. Allerdings steht ihm das Recht zu, bei Nichtbezahlung des fälligen Lohnes eine Sicherstellung des zukünftigen Lohnes zu verlangen und bis dahin die Leistung zu verweigern.⁵⁴

2. Verrechnungsmöglichkeit

Geldbeträge, die der Arbeitnehmer entgegengenommen hat und die für den Arbeitgeber bestimmt sind, kann er nach den allgemeinen Grundsätzen (Art. 120 OR) mit fälligen Forderungen auf Lohn und Auslagenersatz verrechnen. Seiner Herausgabepflicht kann er durch Verrechnung nachkommen.⁵⁵ Voraussetzung ist lediglich, dass die beiden Forderungen ihrem Gegenstand nach gleichartig, fällig oder wenigstens erfüllbar sind und dass nicht im voraus darauf verzichtet wurde (Art. 126 OR). Eine Konnexität hingegen wird nicht verlangt.⁵⁶

⁵³ Becker, Art. 83 OR N. 6: "Während Art. 82 von der vorleistungspflichtigen Partei nicht angerufen werden kann, ist Art. 83 gerade zum Schutz des Vorleistungspflichtigen aufgestellt." Vgl. Oser/Schönenberger, Art. 83 OR N. 2; Rehbinders § 9 C I, S. 84; von Tuhr/Escher § 64 VII, S. 65-67.

⁵⁴ Zur Leistungsverweigerung an sich o. § 3 I 3 b.

⁵⁵ Art. 321b Abs. 1, Art. 339a Abs. 1 OR.

⁵⁶ Von Tuhr/Escher § 78 III, IV, VI, S. 194-199; Botschaft zum Arbeitsvertrag, BBl. 1967 II 303.

Sollte über den Arbeitgeber bereits der Konkurs eröffnet worden sein, so sind sämtliche Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig geworden und können zur Verrechnung gebracht werden.⁵⁷ Die Regelung in Art. 123 Abs. 1 OR, dass Gläubiger im Konkurse des Schuldners auch noch nicht fällige Forderungen verrechnen können, erübrigt sich; nach Art. 208 SchKG bewirkt die Konkurs-eröffnung die Fälligkeit sämtlicher Schuldverpflichtungen des Gemeinschuldners mit Ausnahme der grundpfandversicherten Forderungen.⁵⁸

§ 4 RETENTIONSRECHT

I. VORAUSSETZUNGEN NACH ART. 895-898 ZGB

Ein Gläubiger kann bewegliche Sachen und Wertpapiere, die sich mit Willen des Schuldners in seinem Besitze befinden, bis zur Befriedigung seiner Forderung zurück-behalten. Dabei sind die allgemeinen Besitzesregeln nach Art. 919-925 ZGB massgebend. Im Gegensatz zur blossen Besitzdienerschaft kann nur ein unselbständiger Besitz (Art. 920 ZGB) ein Retentionsrecht verschaffen. Der Arbeitnehmer ist in der Regel aber nicht Besitzer der ihm übergebenen Werkzeuge und Materialien, sondern lediglich Besitzdiener, vor allem wenn er in der Arbeitsor-ganisation des Arbeitgebers tätig ist.⁶⁰ Ein allfälliges Retentionsrecht kann demzufolge nur bei Arbeitsverhältnissen, bei denen der Arbeitgeber dem Arbeit-nemer Gegenstände oder Waren zur Ausübung der Tätigkeit ausserhalb seines Herrschaftsbereiches überlässt, in Frage kommen. Beispiele solcher Anwendungsfälle sind: Handelsreisende, Heimarbeiter und arbeitnehmerähnliche

⁵⁷ Art. 123 Abs. 1 OR und Art. 208 SchKG.

⁵⁸ Von Tuhr/Escher § 78 IX 1, S. 202-207; Fritzsche Bd. II § 42 III 1, S. 71-74.

⁵⁹ Oftinger, Art. 895 ZGB N. 55.

⁶⁰ Oftinger, Art. 895 ZGB N. 47.

Personen, die in der Rechtsfigur des Beauftragten, Agenten oder Kommissionärs auftreten. In Grenzfällen zwischen Besitz und Besitzdienerschaft ist nach BGE 69 II 20 eher entgegenkommend für den unselbständigen Besitz zu entscheiden.

Ferner muss die Forderung fällig sein und ihrer Natur nach mit dem Retentionsgegenstand in einem Zusammenhang stehen (Konnexität).⁶¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes bedingt das aber noch nicht den gleichen Rechtsgrund. Besitzerwerb und Forderung brauchen nicht aufgrund ein und desselben Rechtsverhältnisses entstanden zu sein. Es genügt, dass beide Verhältnisse durch denselben Zweck verbunden sind oder sonst in einem natürlichen Zusammenhang stehen.⁶²

An Sachen, deren Natur eine Verwertung nicht zulässt, kann das Retentionsrecht nicht ausgeübt werden.⁶³

Bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hat der Gläubiger auch ein Retentionsrecht, wenn die Forderung noch nicht fällig ist, und falls die Zahlungsunfähigkeit nach Uebergabe der Sache eingetreten ist auch dann, wenn eine besondere Vorschrift oder Verpflichtung entgegensteht.⁶⁴

Der Sinn eines Retentionsrechts besteht darin, dass der zurückbehaltene Gegenstand wie ein Faustpfand verwertet werden kann, wenn der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nachkommt (Art. 898 ZGB).

61 Art. 895 Abs. 1 ZGB.

62 BGE 86 II 362; 71 II 88 mit weiteren Hinweisen; 105 II 193 E. 4: zur Konnexität im kaufmännischen Verkehr.

63 Art. 896 Abs. 1 ZGB.

64 Art. 897 ZGB; Näheres bei Oftinger, Art. 896 ZGB N. 13-17.

II. DAS ALLGEMEINE RETENTIONSRECHT DES ARBEITNEHMERS

1. Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses

Nach Art. 896 Abs. 2 ZGB hat der Gläubiger ein Retentionsrecht, wenn diesem Recht keine anderslautende Vorschrift entgegensteht. Die allgemeine Herausgabepflicht in Art. 321b OR bedeutet aber noch nicht, dass auf ein Retentionsrecht verzichtet wird. Eine allgemeine Herausgabe des Retentionsgegenstandes besteht nach Oftinger stets; ohne sie erwüchse gar kein - eben dieser Herausgabepflicht entgegengehaltenes - Retentionsrecht.⁶⁵

Wenn nun keine spezielle Vereinbarung getroffen wurde, um ein Retentionsrecht auszuschliessen, gelten für den Arbeitnehmer die allgemeinen Grundsätze nach Art. 895-898 ZGB. Bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers hat der Arbeitnehmer auch ein Retentionsrecht, wenn er darauf verzichtet hat und die Forderung noch nicht fällig ist (Art. 897 ZGB).

2. Bei Beendigung

Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird das Retentionsrecht für beide Parteien in Art. 339a Abs. 3 OR vorbehalten.⁶⁶ Dieser Vorbehalt bezieht sich auf das allgemeine Retentionsrecht gemäss Art. 895-898 ZGB, das ohnehin gelten würde, sowie auf das Retentionsrecht des Handelsreisenden gemäss Art. 349e OR.⁶⁷

⁶⁵ Oftinger, Art. 896 ZGB N. 16.

⁶⁶ Brühwiler, Art. 339a OR N. 2; Oftinger, Art. 896 ZGB N. 25; BGE 98 IV 19 = Pr. 61 Nr. 110 = ZBJV 1973, 403-404: als Beispiel für die Verneinung eines Retentionsrechtes, weil sich der Retentionsgegenstand nicht mit Willen des Arbeitgebers im Besitze des Arbeitnehmers befand. Das Bundesgericht erkannte auf Sachentziehung, Art. 143 StGB.

⁶⁷ Botschaft zum Arbeitsvertrag, BBl. 1967 II 394.

III. DAS RETENTIONSRECHT BEI BESONDEREN VERTRAGSVERHAELTNISSEN

i. Der Handelsreisendenvertrag

Das Retentionsrecht des Handelsreisenden wird in Art. 349e OR ausdrücklich statuiert und in den Katalog der einseitig zwingenden Vorschriften (Art. 362 OR) mit der Folge aufgenommen, dass nicht rechtsgültig darauf verzichtet werden kann.

Im übrigen wird in Art. 349e OR für den Handelsreisenden wiederholt, was für ihn als Arbeitnehmer ohnehin gelten würde. Einzig das Retentionsrecht an Kundenzahlungen, die er aufgrund einer Inkassovollmacht entgegengenommen hat, scheint von den allgemeinen Bestimmungen abzuweichen. Dabei handelt es sich aber nicht um ein echtes dingliches Retentionsrecht, sondern um ein obligatorisches "kaufmännisches" Zurückhaltungsrecht.⁶⁸ Seinen Zweck kann es nur erfüllen, wenn auf eine Verrechnungsmöglichkeit zum voraus verzichtet wurde.⁶⁹ Andernfalls würde sich ein separates Retentionsrecht an Kundenzahlungen erübrigen.⁷⁰

Nach Art. 896 Abs. 1 ZGB kann ein Retentionsrecht nur an verwertbaren Sachen ausgeübt werden. Demzufolge kann an Fahrausweisen, Preistarifen, Kundenverzeichnissen und anderen Unterlagen kein Retentionsrecht ausgeübt werden. Dieses hätte nicht den Zweck, den Gläubiger für seine Forderung zu befriedigen, sondern es würde sich

⁶⁸ Gautschi, Art. 418o OR N. 1b.

⁶⁹ Art. 120 und 126 OR.

⁷⁰ Gautschi, Art. 418o OR N. 1b-c, 2: durch Art. 349e OR wird der Handelsreisende einem Agenten in Art. 418o OR gleichgestellt.

um eine reine Schikane gegenüber dem Schuldner handeln.
 Art. 349e Abs. 2 OR wiederholt lediglich diesen Grundsatz.⁷¹

2. Der Heimarbeitsvertrag

Für den Heimarbeiter wird in Art. 352a Abs. 1 OR eine Rückgabepflicht für den Rest des nicht verwendeten Materials sowie die erhaltenen Geräte statuiert. Da nach Art. 355 OR die Bestimmungen des Einzelarbeitsvertrages ergänzend anwendbar sind, hat der Heimarbeiter gemäss Art. 321b Abs. 2 OR dem Arbeitgeber ebenfalls alles sofort herauszugeben, was er in Ausübung seiner vertraglichen Tätigkeit hervorbringt. Nach der Begründung von Oftinger handelt es sich weder in Art. 352a Abs. 1 noch in Art. 321b Abs. 2 OR um einen ausdrücklichen Verzicht auf das Retentionsrecht, sondern lediglich um eine allgemeine Herausgabepflicht, der ein Retentionsrecht entgegenstehen kann.⁷²

Auch hier ist ein Verzicht auf das Retentionsrecht ungültig, wenn der Arbeitgeber zahlungsunfähig geworden ist (Art. 897 Abs. 2 ZGB).

Die einzige Besonderheit beim Heimarbeitsvertrag besteht darin, dass das Retentionsrecht nicht nur an den übergebenen Geräten und Maschinen, sondern auch am Arbeitsergebnis ausgeübt werden kann, solange sich dieses im Besitze des Heimarbeiters befindet.

71 Streiff, Art. 349e OR N. 5.

72 Oftinger, Art. 896 ZGB N. 16; vgl. o. § 4 II 1.

3. Arbeitnehmerähnliche Vertragsverhältnisse

Arbeitnehmerähnliche Personen haben in ihrer Eigenschaft als Gläubiger nach Art 895-898 ZGB ein Retentionsrecht wie die übrigen Arbeitnehmer. Arbeitnehmerähnliche Verhältnisse können unter anderem in der Form des Beauftragten, Agenten oder Kommissionärs vorkommen. Die genannten Personen haben ein Retentionsrecht nach Art. 401 Abs. 3, Art. 418o und Art. 434 OR. Es handelt sich im allgemeinen bei diesen speziellen Bestimmungen um Verweisungen auf Art. 895-898 ZGB mit der Besonderheit, dass der Agent nicht im voraus darauf verzichten kann (Art. 418o OR).⁷³

§ 5 EIN ALLFAELLIGES PFANDRECHT DE LEGE FERENDA

I. ZUR STATUIERUNG EINES GESETZLICHEN PFANDRECHTES

Bei einem Vergleich mit den Bauhandwerkern, die für ihre Leistung ein Bauhandwerkerpfandrecht in das Grundbuch eintragen können (Art. 839 ZGB), drängt sich zunächst eine analoge Lösung für den Arbeitnehmer auf.⁷⁴ Hiezu würde es einer separaten gesetzlichen Regelung bedürfen im Sinne einer Statuierung im Arbeitsrecht und (oder nur) einer Ergänzung des Kataloges der gesetzlichen Pfandrechte in Art. 837 ZGB.⁷⁵

Eine mögliche Einführung des gesetzlichen Pfandrechtes würde aber nur jenen Arbeitnehmern dienen, die eine Sache oder ein immaterielles Gut hervorbringen. Das Arbeitsergeb-

⁷³ Zum Retentionsrecht des Beauftragten: Gautschi, Art. 400 OR N. 18; zur Besonderheit des Retentionsrechts im fiduziarischen Auftrag, ders., Art. 400 OR N. 19; Verrechnungseinrede des Beauftragten, ders., Art. 400 OR N. 17; Retentionsrecht des Agenten, ders. Art. 418o OR N. 1-5; Retentionsrecht des Kommissionärs, ders., Art. 434 OR N. 7-10.

⁷⁴ Tour/Schnyder § 102 III c, S. 652-657.

⁷⁵ Recht am Arbeitsergebnis, Rehbindler § 11 A-B, S. 90-91; Botschaft zum Arbeitsvertrag, BBL. 1967 II 303.

nis müsste verwertbar und geeignet sein, die fällige Lohnforderung zu decken. Nicht von dieser Möglichkeit profitieren würden aber sämtliche Arbeitnehmer, die kein verwertbares Arbeitsergebnis erzeugen. Ein gesetzliches Pfandrecht am Arbeitsergebnis würde schon aus diesem Grunde keine befriedigende Lösung bringen.

II. ANALOGIE ZUM VORZUGSPFANDRECHT

Als weitere Möglichkeit käme ein Vorzugspfandrecht in Frage, wie dies nach kantonalem öffentlichem Recht für Steuern und Abgaben möglich ist (Art. 836 ZGB).⁷⁶ Schmid sieht die Legitimation eines Vorzugspfandrechtes darin, dass die Arbeitnehmer ja wesentlich die Werte geschaffen haben, die nun den pfandversicherten Gläubigern zukommen, während sie selber wegen ihrer Vorleistungspflicht und der Unmöglichkeit, das Arbeitsergebnis mit Beschlag zu belegen, hintangestellt sind.⁷⁷

Ein Vorzugspfandrecht für den Arbeitnehmer kann aber nicht geschaffen werden, ohne dass andere schutzwürdige Gläubigerinteressen tangiert werden. Sämtliche Grundpfandgläubiger und selbst die Bauhandwerker würden dadurch benachteiligt.

Obwohl es sich bei den Grundpfandgläubigern in der Hauptsache um Banken und Kreditinstitute handelt, darf ihnen nicht die soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers

⁷⁶ Tuor/Schnyder § 102 III b, S. 650-651.

⁷⁷ Schmid, SJZ 1978, 357.

entgegengehalten werden. Bei Gewährung eines Vorzugspfandrechtes würden sämtliche übrigen Pfandrechte illusorisch. Ein Arbeitgeber hätte Schwierigkeiten, bei der Aufnahme eines Kredites zur Ueberbrückung kurzfristiger Liquiditätsprobleme oder zur Finanzierung neuer Anlagen, die zur Erhaltung des Betriebes notwendig sind, überhaupt einen Geldgeber zu finden. Und ein solcher Kredit kann durchaus auch im Interesse des Arbeitnehmers sein.⁷⁸

§ 6 MOEGLICHKEITEN IM BEREICHE DES ARBEITGEBERS ZUR SICHERUNG DER LOHNFORDERUNGEN

I. VORLEISTUNGSPFLICHT DES ARBEITGEBERS

Da die problematische Stellung des Arbeitnehmers bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers mit seiner Vorleistungspflicht einhergeht, drängt sich konsequenterweise eine Vorleistungspflicht des Arbeitgebers auf. Diese wäre auch eine Form der nach Art. 337a OR verlangten Sicherstellung künftiger Lohnforderungen.

Um aber den Interessen beider Vertragsparteien gerecht zu werden, dürften die Beträge nicht bar ausbezahlt werden. Der Arbeitgeber könnte sie beispielsweise bei einer Bank auf einem Sperrkonto deponieren.

II. SCHAFFUNG EINES INSOLVENZFONDS

Die aktienrechtliche Vorschrift Art. 671 Abs. 3 OR bestimmt,

⁷⁸ Vgl. Antwort von Furgler zum Postulat Muret, StenBull. NR 1976, 963.

dass der gesetzliche Reservefonds, soweit er die Hälfte des Grundkapitals nicht übersteigt, nur zur Deckung von Verlusten oder zu Massnahmen verwendet werden darf, die geeignet sind, in Zeiten schlechten Geschäftsganges das Unternehmen durchzuhalten, der Arbeitslosigkeit zu steuern oder deren Folgen zu mildern.⁷⁹

Problematisch bei dieser Regelung ist, dass bei einer akut gewordenen Zahlungsunfähigkeit in der Regel die vorangegangenen Geschäftsjahre mit Verlust abgeschlossen haben und die gesetzlichen Reserven bereits zu dessen Deckung verwendet wurden. Die Bildung und Auflösung stiller Reserven erschweren eine Information über die tatsächliche wirtschaftliche Lage. Die Verwaltung hat darin eine Manövriermasse, durch welche Rückschläge im Geschäftsgang und geschäftspolitische Fehlentscheide vertuscht werden können.⁸⁰

Ein Reservefonds zum Wohle der Angestellten und Arbeiter erscheint unzweckmässig, wenn er bei schlechtem Geschäftsgang ohnehin aufgelöst werden kann. Um den Interessen des Arbeitnehmers gerecht zu werden, sollte auch dieser Fonds analog der Regelung über die Personalfürsorgestiftung (Art. 331 Abs. 1 OR und Art. 89^{bis} ZGB) rechtlich verselbstständigt werden. Nur dadurch können diese Vorsorgemittel auch dem Zugriff der Gläubiger des Arbeitgebers im Konkursfalle entzogen werden. Es drängt sich in diesem Zusammenhang generell die Frage auf, ob ein Insolvenzfonds nicht einer schon bestehenden Einrichtung angegliedert und für sämtliche Arbeitgeber obligatorisch erklärt werden soll.⁸¹

79 Art. 663 Abs. 2 OR (stille Reserven), Art. 674 OR (freie Reservebildung); Forstmoser/Meier-Hayoz § 3 N. 33, § 27 N. 17, § 32 N. 14 und 37-39, § 35 N. 9 und 12.

80 Forstmoser/Meier-Hayoz § 30 N. 11-14.

81 Der Entwurf über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenbeschädigung sieht eine solche Lösung vor, BBl. 1980 III 649 ff.

2 . Kapitel

PFAENDUNG UND KONKURS DES ARBEITGEBERS§ 7 BEMERKUNGEN ZUM PFAENDUNGSVERFAHRENI. DEM PFAENDUNGSVERFAHREN UNTERSTELLTE ARBEITGEBER

Ein Arbeitgeber kann auf Pfändung betrieben werden, wenn nicht eine andere Verfahrensart vorgeschrieben ist (Art. 42 SchKG). Der Konkursbetreibung hingegen unterliegen Schuldner, die in einer in Art. 39 SchKG genannten Eigenschaft ins Handelsregister eingetragen sind.¹

Aus Art. 39 SchKG und Art. 52 ff. HRV ergibt sich, dass folgende Arbeitnehmer ihren Arbeitgeber auf Pfändung betreiben können:

- landwirtschaftliche Arbeitnehmer;²
- Angestellte von Arbeitgebern in freien Berufen;³
- Hausangestellte;
- Arbeitnehmer von Handwerkern;⁴
- Arbeitnehmer, die bei einem kleineren Unternehmen angestellt sind, das nach Art. 54 HRV einen Jahresumsatz von Fr. 100 000.- nicht erreicht;
- Angestellte von Körperschaften gemäss Art. 59 Abs. 1 ZGB, die nicht im Handelsregister eingetragen sind.⁵

1 Art. 52-54 HRV; Art. 41 und 43 SchKG: Ausnahmen der Konkursbetreibung; Blumenstein 325-326; Fritzsche Bd. I § 10, S. 72 und § 34, S. 329; Jaeger, Art. 39 SchKG N. 1-16; Meier-Hayoz/Forstmoser § 5 N. 37-42.

2/3/4 Sollten Art und Umfang des Unternehmens einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchhaltung erfordern, so sind auch diese Arbeitgeber der Eintragungspflicht nach Art. 53 lit. C HRV unterworfen.

5 Ammann, SZS 1980, 223; Dallèves/Ammann 32.

Da beinahe sämtliche Arbeitgeber allein schon aufgrund ihres Jahresumsatzes (nach Art. 54 HRV Fr. 100 000.-) im Handelsregister eingetragen sind oder wenigstens eingetragen sein müssten, unterliegen sie der Konkursbetreibung.⁶ Gegen einen im Handelsregister Eingetragenen kann, abgesehen von den Ausnahmen in Art. 41 und 43 SchKG, während zwei Jahren ebenfalls eine Betreibung auf Pfändung durchgeführt werden (Art. 230 Abs. 3 SchKG), nachdem ein über ihn eröffnetes Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt worden ist. Auch während eines Nachlassverfahrens ist für Lohnforderungen der ersten Klasse (Art. 219 Abs. 4 SchKG) sowie für periodische Unterhaltsbeiträge jederzeit die Betreibung auf Pfändung zulässig (Art. 297 Abs. 2 SchKG). Diese Ausnahme gilt auch dann, wenn der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt.⁷

II. GRUNDSATZ: PRIOR TEMPORE - POTIOR IURE

1. Zeitpunkt des Pfändungsbegehrens

Bei der Befriedigung der Gläubigeransprüche wird im Gegensatz zum Konkursverfahren nicht auf die Natur der Forderung, sondern auf den Zeitpunkt des Pfändungsbegehrens abgestellt. Erst innerhalb einer Gläubigergruppe und erst wenn die gepfändeten Gegenstände für eine vollständige Deckung nicht ausreichen, werden die Forderungen ihrer Natur nach in einen Kollokationsplan aufgenommen (Art. 116 und 146 SchKG). Für die Einreihung in die ersten drei Klassen ist wiederum der Zeitpunkt des Pfändungsbegehrens massgebend.⁸

6 Bei Streitigkeiten über die Eintragungspflicht ruht die Betreibung solange, bis die kantonale Aufsichtsbehörde über das Handelsregister (mit Weiterzugsmöglichkeit an das Eidgenössische Amt für das Handelsregister und mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, Art. 98 Abs. 1 lit. c OG) darüber entschieden hat. Näheres bei Fritzsche Bd. I § 10, S. 71.

7 U. § 14 II und III.

8 Dallèves/Ammann 22; Fritzsche Bd. I § 32, S. 314-315.

2. Informationsproblem und Anschlussmöglichkeit nach Art. 110 SchKG

Eine Pfändungsanzeige wird im Gegensatz zur Konkurseröffnung nicht öffentlich bekannt gemacht. Ein Arbeitnehmer erfährt erst dann von den Zahlungsschwierigkeiten, wenn bereits fällige Lohnforderungen ausstehen.⁹ Um sich einer Gläubigergruppe nach Art. 110 SchKG anzuschliessen, muss er aber innert dreissig Tagen nach einer bereits erfolgten Pfändung das Pfändungsbegehren stellen, was erst nach zwanzig Tagen seit Zustellung des Zahlungsbefehls möglich ist. Es bleiben noch zehn Tage, um überhaupt Kenntnis von der Illiquidität zu erhalten und allenfalls die Betreibung einzuleiten (Art. 88 und 110 SchKG).

Ein Arbeitnehmer wird aber, gerade weil er auf seinen Arbeitgeber wirtschaftlich und sozial angewiesen ist, eher noch zögern, eine Betreibung einzuleiten. Muss er doch befürchten, bei einem betreibungsrechtlichen Vorgehen in Misskredit zu fallen und überdies noch seinen Arbeitsplatz zu verlieren. Und eine erfolgte Pfändung kann, aber muss nicht unbedingt zur Folge haben, dass Ende Monat auch der Lohn nicht ausbezahlt wird.

Diese Ueberlegungen zusammen mit der fehlenden Information verursachen oft, dass ein Arbeitnehmer die Frist für den Anschluss in eine erste Gläubigergruppe verpasst und bei einer späteren unter Umständen einen Pfändungsverlustschein erhält.

⁹ Informationsmöglichkeit o. § 2 II 2.

III. PRIVILEGIERTE ANSCHLUSSPFAENDUNG DE LEGE FERENDA

Infolge seiner wirtschaftlichen Unselbständigkeit, die in der Regel zu einer wirtschaftlichen und sozialen Abhängigkeit vom Gemeinschuldner führt, ist der Arbeitnehmer mit den in Art. 111 SchKG genannten Personen (Ehegatte, Kinder, Mündel)^{10a} vergleichbar. Es sollte ihm analog ein privilegierter Pfändungsanschluss zukommen. Bei einer Integrierung in Art. 111 SchKG hätte er vierzig Tage (anstelle von nur zehn Tagen) Zeit und könnte ohne vorgängige Betsreibung Anschluss erklären.^{10b}

Die Möglichkeit privilegierter Anschlusspfändung würde es dem Arbeitnehmer erlauben, die Entwicklung der finanziellen Situation des Arbeitgebers abzuwarten. Sie würde vor allem jenen zum Vorteil gereichen, die persönlich mit dem Arbeitgeber verbunden sind und nicht gleich bei einer ersten, vielleicht vorübergehenden Liquiditätskrise die Konsequenzen ziehen, sondern versuchen, mit dem Arbeitgeber zusammen die Krise zu bewältigen.

10a Ein privilegierter Pfändungsanschluss wäre auch arbeitnehmerähnlichen Personen zuzubilligen, vgl. auch u. § 9 III.

10b Ammann, SZS 1980, 220; Dallèves/Ammann 30; Hug, Die Einwirkung von Schuldbetreibung und Konkurs auf das Dienstverhältnis, 86.

§ 8 KONKURSERÖFFNUNG

I. WIRKUNGEN DER KONKURSERÖFFNUNG AUF DAS ARBEITSVERHAELTNIS

1. Vorbemerkung

Der Konkurs des Arbeitgebers löst den Arbeitsvertrag nicht auf. Der Arbeitnehmer kann aber Sicherstellung nach Art. 337a OR verlangen und notfalls unter Schadenersatzfolge kündigen.¹¹ In der Regel entscheidet die Konkursverwaltung darüber, ob der Betrieb des Gemeinschuldners geschlossen und die Arbeitnehmer entlassen oder ob der Betrieb weitergeführt werden soll (Art. 223 SchKG).¹²

2. Betriebsschliessung

Bei einer Betriebsschliessung durch die Konkursverwaltung werden die Arbeitsverhältnisse vorsorglich gekündigt. Dadurch tritt bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist Annahmeverzug ein (Art. 324 Abs. 1 OR). Die daraus resultierenden Ansprüche werden als Konkursforderungen behandelt (Art. 219 Abs. 4 SchKG). Bei einer fristlosen Kündigung würde sich der Lohnanspruch nach Art. 337c OR berechnen.¹³ Zu beachten ist, dass Art. 324 Abs. 2 OR und Art. 337c Abs. 2 OR den gleichen Wortlaut aufweisen, so dass es auf die Schadensberechnung im Endeffekt keinen Einfluss hat, ob diese nach den Regeln des Annahmeverzuges oder der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung erfolgt.¹⁴

11 Jaeger, Art. 211 SchKG N. 5 c; Rehbinders § 13 A V 2, S. 97; Schweingruber, Art. 324 OR N. 9.

12 Jaeger, Art. 223 SchKG N. 2. Die erste Gläubigerversammlung entscheidet später definitiv über diese Frage (Art. 238 SchKG).

13 Rapp, BJM 1978, 170-171, insbesondere FN 4.

14 Vgl. auch die Situation der vorherigen gerechtfertigten fristlosen Kündigung durch den Arbeitnehmer mit Schadensberechnung nach Art. 337b OR o. § 3 I 2.

3. Weiterführung des Betriebes durch die Konkursverwaltung

a) Eintrittsrecht

Da die Konkursverwaltung bis zur ersten Gläubigerversammlung über die Weiterführung des Betriebes befindet, ist sie berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Verträge des Gemeinschuldners zu erfüllen.¹⁵ Entgegen dem Wortlaut von Art. 211 Abs. 1 SchKG hat die Masse ein Eintrittsrecht nicht nur in jenen Fällen, wo eine nicht auf Geldzahlung gehende Leistung des Gemeinschuldners in Frage steht, sondern bei sämtlichen zweiseitigen Verträgen.¹⁶ Diese Diskrepanz zwischen Wortlaut und Sinn wird anlässlich der SchKG-Revision beseitigt. Art. 211 VE-SchKG übernimmt lediglich von Art. 211 SchKG den ersten Absatz. Die weiteren Bestimmungen finden sich in Art. 212 VE-SchKG. Der bisherige Art. 211 Abs. 2 SchKG lautet in Art. 212 Abs. 1 VE-SchKG neu: "Bei zweiseitigen Vertragsverhältnissen hat die Konkursmasse das Recht, die Verpflichtung des Gemeinschuldners zu erfüllen. Der Gläubiger kann in diesem Fall verlangen, dass ihm die Erfüllung sichergestellt werde." Neu ist von "Konkursmasse" anstatt wie bis anhin von der "Konkursverwaltung" und von zweiseitigen Verträgen schlechthin die Rede.

Eine Fortsetzung der Betriebs- und Geschäftstätigkeit wird etwa dann sinnvoll sein, wenn Aussicht besteht, das Unternehmen als solches verkaufen zu können, und mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit bei sofortiger Schliessung ein geringerer Erlös erzielt würde.¹⁷

¹⁵ Art. 223 Abs. 1, Art. 238 Abs. 1 und Art. 211 Abs. 2 SchKG.

¹⁶ Jaeger, Art. 211 SchKG N. 5.

¹⁷ Vgl. Exkurs von Guldener in Fritzsche Bd. II § 42 II 4, S. 66-67; Jaeger, Art. 223 SchKG N. 2.

b) Sicherstellung

Ist auch der Arbeitnehmer zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bereit, so kann die Konkursmasse in das bestehende Vertragsverhältnis eintreten. Die Vertragsbedingungen gelten für beide Teile gleichermassen weiter. Der Arbeitnehmer kann aufgrund von Art. 211 Abs. 2 SchKG eine Sicherstellung verlangen.¹⁸ Sie ist jeweils bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin zu leisten. Falls keine Kündigung erfolgt, erstreckt sie sich auf einen weiteren gleichen Zeitabschnitt.¹⁹

c) Lohnforderungen als Massaschulden

Die Forderungen des Arbeitnehmers, die aus dem Vertragsverhältnis mit der Konkursverwaltung resultieren, sowie die Forderung auf Sicherheitsleistung werden zu Massaverbindlichkeiten.²⁰ Diese gehen aus Verträgen hervor, die die Konkursverwaltung selber kontrahiert hat (Art. 211 Abs. 2 SchKG), teils auch aus jenen, in die sie eingetreten ist.²¹

Das Gesetz selber macht in Art. 262 SchKG keinen Unterschied, ob Massakosten oder Massaschulden vorliegen. Im Gegensatz zu den Massaschulden sind Massakosten jene Kosten, die der Konkursverwaltung bei der Durchführung des Konkurses entstanden sind.²² Auch Art. 262 Abs. 1 VE-SchKG macht bedauerlicherweise keinen Unterschied zwischen Kosten und Schulden, sondern spricht lediglich von Kosten.

18 Blumenstein, 655-656.

19 Ausführlich bei Jaeger, Art. 211 SchKG N. 5 c.

20 Blumenstein 656.

21 Blumenstein 675; Jaeger, Art. 262 SchKG N. 2; Fritzsche Bd. II § 52, S. 181.

22 Blumenstein 672; Jaeger, Art. 262 SchKG N. 2-3.

Sollten die Konkursaktiven nicht ausreichen, Massakosten und -schulden gleichfalls zu decken, werden Massaschulden vor den Kosten befriedigt.²³

d) Haftung für Massaschulden

Für die Massaschulden haftet weder der Gemeinschuldner noch irgendein Konkursgläubiger, sondern allein das Massavermögen.²⁴ Nach herrschender Lehre können Massagläubiger, welche aus einem von der Konkursverwaltung abgeschlossenen Rechtsgeschäft etwas zu fordern haben, ihre Ansprüche sogar auf dem Betreibungswege geltend machen.²⁵ Allerdings kann die Konkursmasse nur auf Pfändung oder Pfandwertung, nicht aber auf Konkurs betrieben werden.

II DER VERZICHT AUF EIN ORDENTLICHES KONKURSVERFAHREN MANGELS AKTIVEN

1. Einstellung des Verfahrens, Art. 230 SchKG

a) Geltendes Recht

In jenen Fällen, da der Gemeinschuldner bei Konkursausbruch hoffnungslos überschuldet ist, beschliesst das Konkursgericht die Einstellung des Verfahrens (Art. 230 SchKG). Die Gläubiger erhalten keinen Verlustschein. Danach kann während zwei Jahren eine Betreibung auf Pfändung angehoben werden. Der Gemeinschuldner kann sich nicht auf Art. 265 Abs. 2 SchKG berufen. Trotz Handelsregister-

23 Blumenstein 674-675; Jaeger, Art. 262 SchKG N. 3.

24 Blumenstein 675; Jaeger, Art. 262 SchKG N. 3.

25 Blumenstein 702 FN 26; Jaeger, Art. 206 SchKG N. 4.

eintrages können ihn die Gläubiger auf Pfändung betreiben, ohne dass der Nachweis neuen Vermögens erbracht werden muss.²⁶

b) Praktische Bedeutung

Nach einer separaten Erhebung von Dallèves und Ammann für die Jahre 1971-1977 wurden bei 27 angefragten Konkursämtern von total 7 748 Konkursfällen 2 876 (37.2 %) mangels Aktiven eingestellt, 4 040 (52.1 %) im summarischen Verfahren und nur 832 (10.7 %) im ordentlichen Verfahren erledigt. Dallèves und Ammann weisen ausserdem darauf hin, dass bei 30 % der Konkursfälle in der Schweiz gar kein Verfahren stattfindet und diese deshalb in einer Statistik gar nicht erscheinen.²⁷

c) Art. 230 VE-SchKG

Von Bedeutung ist Art. 230 Abs. 3 VE-SchKG, der neu bestimmt, dass die vor der Konkurseröffnung angehobenen Betreibungen nach der Einstellung des Konkursverfahrens wieder aufleben. Die Zeit der Eröffnung und der Einstellung des Konkursverfahrens wird bei einer Frist nicht berechnet.

²⁶ Blumenstein 741-744; Jaeger, Art. 230 SchKG N. 1; ausführlich auch für den Fall der Betreibung einer juristischen Person auf Pfändung: Fritzsche Bd. II § 45 I c, S. 115; BGE 90 II 247.

²⁷ Dallèves/Ammann 24; Fritzsche Bd. II § 45, S. 112 FN 178 mit Statistiken für die Jahre 1960-1965.

2. Summarisches Konkursverfahren, Art. 231 SchKG

Das summarische Konkursverfahren wird gewählt, wenn der Erlös der vorhandenen Aktiven voraussichtlich zur Deckung der Kosten des ordentlichen Verfahrens nicht ausreicht (Art. 231 Abs. 1 SchKG).²⁸ Charakteristisch dabei ist, dass das Konkursamt die Verwertung der vorhandenen Aktiven möglichst schnell und formlos und mit möglichst wenig Kosten selber vornimmt.²⁹ Sind mehrere Gläubiger vorhanden, wird eine eventuelle Auszahlung gemäss Kollokationsplan vorgenommen.

Die Befriedigung einzelner Gläubiger bei dieser Verfahrensart dürfte höchst illusorisch sein. Dafür stellt das Konkursamt jedem zu Verlust gekommenen Gläubiger einen Verlustschein aus.³⁰ Sollte das Massavermögen nicht einmal zur Deckung der Kosten für die Ausstellung der Verlustscheine ausreichen, so können sie den Gläubigern belastet werden.

²⁸ Blumenstein 745; Fritzsche Bd. II § 45, S. 118 FN 183 mit Rechtsstatistik des Kantons Zürich für die Jahre 1960-1965. Von den erledigten Konkursen wurden 30 % im summarischen Verfahren durchgeführt.

²⁹ Jaeger, Art. 231 SchKG N. 9.

³⁰ Blumenstein 748.

III. STATISTISCHER UEBERBLICK1. Konkursverfahrena) Konkurseröffnungen in den Jahren 1970-1979

Jahr	Total (100 %)	ordentli- ches Verf.	summari- sches Verf.	Einstellung mangels Aktiven
1970	1.700	271 (16 %)	875 (51 %)	554 (33 %)
1971	1.533	257 (17 %)	795 (52 %)	481 (31 %)
1972	1.548	233 (15 %)	824 (53 %)	491 (32 %)
1973	1.527	247 (16 %)	784 (51 %)	496 (33 %)
1974	1.960	349 (18 %)	1.028 (52 %)	583 (30 %)
1975	2.648	468 (18 %)	1.485 (56 %)	695 (26 %)
1976	2.960	422 (14 %)	1.639 (55 %)	899 (31 %)
1977	3.004	374 (12 %)	1.774 (59 %)	856 (29 %)
1978	2.913	290 (10 %)	1.694 (58 %)	929 (32 %)
1979	3.069	321 (11 %)	1.759 (57 %)	989 (32 %)

b) Konkurserledigungen in den Jahren 1970-1979

Jahr	Total (100 %)	ordentliches und summarisches Verf.	Einstellung mangels Aktiven
1970	1.143	1.068 (93 %)	75 (7 %)
1971	1.102	1.043 (95 %)	59 (5 %)
1972	1.173	1.110 (95 %)	63 (5 %)
1973	1.173	1.082 (92 %)	91 (8 %)
1974	1.459	878 (60 %)	581 (40 %)
1975	1.939	1.207 (62 %)	732 (38 %)
1976	2.342	1.501 (64 %)	841 (36 %)
1977	2.651	1.826 (69 %)	825 (31 %)
1978	2.889	1.985 (69 %)	904 (31 %)
1979	2.548	1.782 (70 %)	766 (30 %)

31

2. Separate Erhebung von Dallèves und Ammann über die von Arbeitnehmern erlittenen Verluste

Aus dem Statistischen Jahrbuch geht nicht hervor, wie gross die von den Arbeitnehmern erlittenen Verluste sind. Dallèves und Ammann haben deshalb eine separate Untersuchung bei den einzelnen Konkursämtern durchgeführt und im Endergebnis folgende Zahlen ermittelt:

Arbeitnehmerforderungen, die im Konkurse des
Arbeitgebers nicht mehr gedeckt werden konnten ³²

Jahr	Total Fr.
1971	259.081.-
1972	145.987.-
1973	318.605.-
1974	693.525.-
1975	1.278.320.-
1976	2.376.806.-
1977	741.924.-

IV. ZUR SITUATION DES ARBEITNEHMERS

Eine Konkurseinstellung mangels Aktiven hat zur Folge, dass die Lohnforderungen bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr beglichen werden können.³³

Beim summarischen Konkursverfahren besteht wohl die theoretische Möglichkeit, Arbeitnehmerforderungen,

³² Dallèves/Ammann, Tafel II im Anhang.

³³ Zusammensetzung der Ansprüche u. § 10 II.

weil sie in der ersten Klasse privilegiert sind, zu einem gewissen Prozentsatz noch zu decken. Aber das Massavermögen reicht oft kaum zur Bezahlung der Konkurskosten.

Der Arbeitnehmer muss nach geltendem Recht nicht nur mit dem Verlust bis zum Zeitpunkt des Konkursausbruches rechnen; er hat überdies noch den Lohnausfall bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist selber zu tragen.³⁴

V. UNGENUEGENDE REGELUNG IM ARBEITSLOSENVERSICHERUNGSGESETZ

1. Gesetzliche Regelung von Art. 28 ALVG und frühere Praxis

Art. 28 Abs. 1 ALVG bestimmt, dass ein Verdienstausschlag nicht von der Versicherung übernommen wird, so lange noch Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber aus Dienstvertrag bestehen. Sollten Zweifel über die Ansprüche des Versicherten gegenüber seinem Arbeitgeber bestehen, ist die Arbeitslosenkasse dennoch zur Ausrichtung einer Entschädigung ermächtigt (Art. 28 Abs. 2 ALVG). Einzelne Kassen hatten nun auch Leistungen erbracht, wenn zwar über den Anspruch selber kein Zweifel bestand, die Forderung aber infolge Konkurses des Arbeitgebers aller Wahrscheinlichkeit nach nicht oder erst nach Abschluss eines oft langdauernden Konkursverfahrens realisiert werden konnte.

2. Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes zugunsten einer einheitlichen Rechtsanwendung

Die vorerwähnte und vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe

³⁴ Art. 28 Abs. 2 ALVG und Art. 28 ALVB (SR 837.1/837.10).

und Arbeit geduldete Praxis hat sich als rechtswidrig erwiesen. In Art. 28 Abs. 2 ALVG wird unmissverständlich auf Zweifel hinsichtlich des Rechtsanspruches hingewiesen und nicht auf Zweifel über die Bonität einer Forderung. Art. 28 Abs. 2 ALVG ist lediglich eine Ergänzung zu Abs. 1. Der Zweck besteht nicht darin, den Arbeitnehmer gegen die Insolvenz des Arbeitgebers zu schützen. Diese Lücke im Sozialversicherungsrecht zu schliessen, ist Sache des Gesetzgebers und nicht der Gerichtspraxis.³⁵

3. Entwurf zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung³⁶

Das neue Arbeitslosenversicherungsgesetz will den versicherten Personen, die arbeitslos sind oder infolge Zahlungsunfähigkeit ihres Arbeitgebers den Lohn für geleistete Arbeit nicht erhalten, einen angemessenen Erwerbsersatz bieten.³⁷

Art. 28 Abs. 1 E-ALVG lautet neu: "Bestehen begründete Zweifel darüber, ob der Arbeitslose für die Zeit des Arbeitsausfalles gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche im Sinne von Art. 10 Abs. 3 hat oder ob sie erfüllt werden, so darf die Kasse Arbeitslosenentschädigung bezahlen." Die Kommission des Nationalrates präziserte den Text in der Sommersession 1981 dahin, dass die Kasse bei begründeten Zweifel Arbeitslosenentschädigung auszuzahlen hat.³⁷

Diese Neuregelung bringt nun zwei Ausnahmen vom Grundsatz,

³⁵ BGE 106 V 117-119 = ARV 1980 Nr. 37 = JAR 1981, 105-107.

³⁶ Botschaft zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, BBL. 1980 III 489-687.

³⁷ Entgegen der Botschaft, BBL. 1980 III 588.

dass die Arbeitslosenversicherung keine Entschädigung ausrichten darf für die Zeit, in der Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht werden können. Die erste Ausnahme, die übrigens schon in ähnlicher Weise bereits in Art. 28 Abs. 2 ALVG enthalten ist, besteht darin, dass die Versicherung leisten darf, wenn Zweifel über die Berechtigung der Forderung bestehen. Zweitens dürfen nun auch Taggelder erbracht werden, wenn der Anspruch zwar unbestritten, die Einbringlichkeit desselben aber fraglich ist. Es geht dabei hauptsächlich um die Einhaltung von Kündigungsfristen, jedenfalls aber um Ansprüche für Zeiten, während denen der Versicherte nicht mehr gearbeitet hat und der Vermittlung zur Verfügung stand. Darin liegt nun der wesentliche Unterschied auch zur Insolvenzenschädigung, die Ansprüche nur für geleistete Arbeitszeit ersetzt und nicht auch Entschädigungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses umfasst.^{38a}

Diese Neukonzeption der Arbeitslosenversicherung würde die heutige unbefriedigende Situation beheben und eine annähernd lückenlose Lohnzahlung garantieren.^{38b}

38a Botschaft, BBl. 1980 III 587-588, 606; Dallèves/Ammann 40-43; vgl. u. § 10.

38b BBl. 1982 I 1378 f., vgl. Aenderung von Art. 28 ALVG. Vor dem Inkrafttreten der Insolvenzenschädigung, soll nun Art. 28 ALVG abgeändert werden, dass Leistungen auch entrichtet werden, wenn Zweifel über "die Einbringlichkeit des Anspruchs" bestehen. Voraussichtlich wird diese Aenderung auf den 1. Januar 1983 wirksam.

§ 9 PRIVILEGIERTE GLAEBUBIGER

Problemstellung

Das Gesetz bestimmt in Art. 219 Abs. 4 SchKG lediglich, dass Forderungen von Arbeitnehmern und Heimarbeitern aus dem Arbeitsverhältnis in der ersten Klasse privilegiert sind. Eine separate Erwähnung der Heimarbeiter erübrigt sich; sie werden bereits vom Begriff "Arbeitnehmer" umfasst. Der Vorentwurf der Expertenkommission hat diese Ungereimtheit bereinigt und spricht nur noch allgemein von "Arbeitnehmern".

Der Begriff als solcher wird im SchKG nicht definiert, sondern als bekannt vorausgesetzt. Selbst im Arbeitsvertragsrecht fehlt eine Legaldefinition. Anhand einzelner Bestimmungen lassen sich aber die für ein Arbeitsverhältnis charakteristischen Elemente ableiten. Es werden hauptsächlich jene herausgegriffen, die notwendig sind, um die Person des Arbeitnehmers bestimmen zu können.

Besondere Probleme stellen sich bei der Frage des Konkursprivileges für leitende Angestellte und für arbeitnehmerähnliche Personen. Obwohl es sich bei Letzteren nicht um Arbeitnehmer handelt, sind sie im Konkursfalle gleichermaßen schutzbedürftig.

I. MERKMALE DES ARBEITNEHMERS

Vorbemerkung:

Allgemeine Umschreibung des Arbeitsverhältnisses

Der Einzelarbeitsvertrag begründet als privatrechtlicher Schuldvertrag ein Dauerschuldverhältnis zwecks Leistung entgeltlicher Arbeit unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation.³⁹ Eine Abgrenzung des Arbeitnehmers von der arbeitnehmerähnlichen Person und dem freien Mitarbeiter (als Selbständigerwerbende) ist mit Schwierigkeiten verbunden, wenn von einem einheitlichen Begriff ausgegangen wird. Eine klare Unterscheidung kann nur dann vorgenommen werden, wenn verschiedene Kriterien des Arbeitsvertrages auf ihren arbeitsrechtlichen Charakter hin untersucht werden.

1. Kriterien

a) Vertragliche Leistung

Beim Einzelarbeitsvertrag handelt es sich um einen vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen), privatrechtlichen Vertrag mit Nebenpflichten und Nebenrechten.⁴⁰ Nach Oser/Schönenberger müssen die Dienste als Ausfluss einer vertraglichen Verpflichtung geleistet werden. Eine Verpflichtung zur Leistung, die nicht auf einer vertraglichen Grundlage beruht, begründet daher kein Arbeitsverhältnis.⁴¹ Der Ar-

³⁹ BGE 78 II 36; Rehbinder § 4 A II, S. 25 f.

⁴⁰ Schönenberger/Jäggi, Art. 1 OR N. 118.

⁴¹ Oser/Schönenberger, Art. 319 aOR N. 9 und 10 mit Beispielen.

beitnehmer schuldet eine Leistung, die auch durch blosser Arbeitsbereitschaft erbracht werden kann. Es wird aber nur ein Einsatz der Arbeitskraft und nicht wie beim Werkvertrag ein Erfolg geschuldet.⁴²

b) Entrichtung eines Lohnes

Im Austausch zur Leistung des Arbeitnehmers schuldet der Arbeitgeber einen Lohn, Art. 319 OR. Nach Art. 320 Abs. 2 OR charakterisiert dieses Vertragsverhältnis, dass der Arbeitgeber Arbeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist; dies im Gegensatz zum unentgeltlichen Auftrag, zu Leistungen aufgrund familienrechtlicher Bestimmungen oder zu reinen Freundschafts- und Gefälligkeitsdiensten.⁴³

c) Verpflichtung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich zur Leistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, Art. 319 OR. Massgebend ist die für den Arbeitgeber verwendete Zeit und nicht ein Arbeitsergebnis.⁴⁴ Das Zeitelement ist für die Definition eines Arbeitsverhältnisses wesentlich und hat auch das in der deutschen Literatur kritisierte Unterordnungsverhältnis zur Folge.⁴⁵ Der Arbeitnehmer muss seine Zeit dem

42 Oser/Schönenberger, Art. 319 aOR N. 2 und 35: Abgrenzung zum Werkvertrag; Meier-Hayoz/Forstmoser § 1 N. 37-42: Abgrenzung zum Gesellschaftsvertrag, § 1 N. 52-60 Abgrenzung partiarischer Rechtsgeschäfte, insbesondere des Arbeitsvertrages mit Gewinnbeteiligung.

43 Rehbindler § 7 A, S. 32; vgl. BGE 90 II 443 f.: für den Sohn im väterlichen Betrieb; BGE 95 II 126, 129: nicht aber für die Ehefrau; BGE 87 II 164 ff.: und nicht für Konkubinatspartner.

44 Brühwiler, Art. 319 OR N. 3: Abgrenzung gegenüber Werkvertrag und Auftrag; Urteil des Bernischen Appellationsgerichtshofes, ZBJV 1978, 37 ff. = JAR 1980, 116-118.

45 Herschel, RdA 1956, 161, 163; Rancke 58-64.

Arbeitgeber zur Verfügung stellen und wird in seiner eigenen Disposition und Zeiteinteilung eingeschränkt. Entscheidend ist, dass der Arbeitnehmer seine Zeit für die Zwecke des anderen Vertragsteils zur Verfügung stellt. In diesem Moment fliesst alles zusammen, was die persönliche Abhängigkeit in Gestalt der Unterworfenheit unter die Weisungs- und Planungsgewalt des Arbeitgebers und Unternehmers ausmacht, die Beugung unter den Zwangsrhythmus des Fliessbandes ebenso wie die Präsenzpflcht etwa des Abteilungsleiters.⁴⁶

In der Umschreibung des Arbeitsverhältnisses als Leistung von Diensten auf Zeit, in der auch die frühere Rechtsprechung das wesentlichste Element der vertraglichen Verpflichtung erblickte, kommt nach der Botschaft zum Arbeitsvertrag das entscheidende Merkmal aber noch nicht zum Ausdruck.⁴⁷

d) Leistung von Arbeit "im Dienst des Arbeitgebers"

Erst die Umschreibung der "Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers" (Art. 319 OR) bringt den für ein Arbeitsverhältnis charakteristischen Tatbestand zum Ausdruck. Indem der Arbeitnehmer in den Dienst des Arbeitgebers tritt, entsteht das für den Arbeitsvertrag typische Abhängigkeitsverhältnis, das den Arbeitnehmer im Arbeitsvollzug persönlich, betrieblich und zeitlich der Weisungsgewalt des Arbeitgebers unterstellt.⁴⁸

Dass die Leistung im Dienst des Arbeitgebers erbracht werden muss, weist auf eine Fremdbestimmung hin. Der Arbeitnehmer wird nicht auf eigene Rechnung und Gefahr tätig (Unternehmerrisiko) und fügt sich in eine fremde und nicht

⁴⁶ Ballerstedt, RdA 1976, 8.

⁴⁷ Botschaft zum Arbeitsvertrag, BBl. 1967 II 294 f.; frühere Rechtsprechung in BGE 90 II 485 f.

⁴⁸ Ebd.; vgl. Arbeitsgericht Zürich JAR 1981, 219-220 (Zeitmoment und Abhängigkeitsverhältnis).

in die eigene Arbeitsorganisation (Unternehmen/Betrieb/
Haushalt) ein.⁴⁹

50

51

Lehre und Rechtsprechung betrachten das Abhängigkeits-
oder Unterordnungsverhältnis als wesentlichstes Merkmal
des Arbeitsvertrages.

49 Rehbindler § 4 I, S. 23 und § 8 A II, S. 45; Wachter 31.

50 Brühwiler, Art. 319 OR N. 5; Schweingruber, Art. 319 OR N. 3c;
zur Problematik mit weiteren Hinweisen, vor allem zur Abgrenzung
Dienstvertrag/Auftrag, vgl. Gautschi, Art. 394 OR N. 62 a-c.

51 Rechtsprechung:

- Urteil des EVG vom 1. Februar 1979 i. Sa. H. B., ZAK 1980, 119:
Als unselbständig erwerbstätig zu betrachten sei, wer auf bestimmte
oder unbestimmte Zeit für einen Arbeitgeber tätig werde und von
diesem in wirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht
abhängig sei;
- Urteil des EVG i. Sa. Trepp vom 4. April 1978 = ARV 1978 Nr. 14:
Unterordnungsverhältnis als typisch für die Arbeitnehmereigenschaft;
- Office du travail du canton de Vaud, i. Sa. Linus Bregy vom 29.
Januar 1971 = ARV 1971 Nr. 2: Unterordnungsverhältnis in arbeits-
organisatorischer Hinsicht;
- BGE 95 I 25: Dass ein Vertrag auf entgeltliche Arbeitsleistung
für bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossen wird, genügt
noch nicht, ihn zum Dienstvertrag zu machen. Auch die Berechnung
der Vergütung pro Monat ist nicht ausschlaggebend. "Die Umschrei-
bung des Dienstvertrages in Art. 319 OR bringt das wesentliche
Merkmal der Abhängigkeit des Arbeitnehmers nicht genau zum Aus-
druck. Gemeint ist, dass der Arbeitnehmer die vertraglich verein-
barte Zeit dem Dienstherrn zur Verfügung zu stellen hat und während
derselben der Weisungsgewalt des Dienstherrn unterstellt und damit
persönlich (und allenfalls auch wirtschaftlich) von ihm abhängig
ist" (Urteil betreffend Steuerauscheidung noch vor Inkrafttreten
des revidierten Arbeitsvertragsrechts vom 25. Juni 1971);
- Urteil des EVG i. Sa. Charles Michod vom 31. Dezember 1963 = ARV
1964 Nr. 5: Unterordnungsverhältnis verneint für jemanden, der
auf eigene Rechnung und Gefahr tätig wird, die Arbeit selbständig
organisiert, mehrere Arbeitskräfte selber einstellt und entlohnt
sowie auch sein eigenes Werkzeug verwendet;
- BGE 78 II 36: Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnis als
wesentlichstes Merkmal des Arbeitsvertrages (Abgrenzung zum Agentur-
vertrag).

2. Indizien

Zusammen mit den erarbeiteten Kriterien bilden folgende Tatsachen und Begleitumstände Indizien für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses:

a) Weisungsunterworfenheit

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist Ausdruck des Tatbestandes der abhängigen Arbeit und notwendige Folge der Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers. Laut Botschaft zum Arbeitsvertrag liegt darin der begriffswesentliche Inhalt des Arbeitsvertrages, der nur in allgemeiner Weise die Art der Tätigkeit bestimme, die der Arbeitnehmer auszuüben habe. Die einzelnen Arbeiten würden sich erst aufgrund von Anordnungen des Arbeitgebers⁵² oder seiner Vertreter ergeben.

⁵² Botschaft zum Arbeitsvertrag, BBl. 1967 II 308-309.

Die Weisungsunterworfenheit bildet m. E. nur ein Indiz, das auf ein Arbeitsverhältnis hinweisen könnte, nicht aber hinweisen muss, vor allem nicht, weil auch im Auftrags- und Werkvertragsverhältnis ein Weisungsrecht des Auftraggebers bzw. Werkbestellers gegeben ist.

b) Abzug von Steuern und Sozialbeiträgen

Der Arbeitgeber entrichtet dem Arbeitnehmer nicht den Bruttolohn, sondern ist verpflichtet, Sozialabzüge vorzunehmen. Die Tatsache, dass diese Beiträge abgezogen werden, ist aber für sich allein noch nicht ausschlaggebend.⁵³ Das Bundesgericht hat die Frage der Arbeitnehmereigenschaft nur im speziellen Fall der Arbeitslosenversicherung nach dem AHV-Beitragsstatut beantwortet.⁵⁴

Diesem Indiz darf aber nicht zu grosse Bedeutung beigemessen werden. Das Abstellen auf den Abzug der Sozialbeiträge, der ein bestehendes Arbeitsverhältnis voraussetzt, stellt einen Zirkelschluss dar. Es wird dabei nur auf die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses durch den Arbeitgeber abgestellt.⁵⁵ Der Abzug von Steuern und Sozialbeiträgen ist nur Ausdruck des Parteiwillens und nur zusammen mit diesem zu würdigen.

53 Rehbirder, Soziale Sicherung 22; Wachter 47 ff.

54 BGE 104 V 201-206; 106 V 53-57.

55 Schnorr von Carolsfeld, Anm. zu AP Nr. 3 zu § 611 BGB.

c) Weitere Indizien

Zur Qualifizierung des Vertragsverhältnisses können folgende Tatsachen mitberücksichtigt werden:

- Unterordnung unter andere im Dienste des Geschäftsherrn stehende Personen;
- Bindung an feste Arbeitszeiten;
- Rechtspflicht zum regelmässigen Erscheinen;
- Zulässigkeit von Nebentätigkeiten oder Pflicht, die gesamte Arbeitskraft dem Geschäftsherrn zur Verfügung zu stellen;
- Ort der Erledigung der Tätigkeit;
- Form der Vergütung (Einzelhonorar oder Monatsentgelt);
- Gewährung von Ferien;
- Zurverfügungstellen von Arbeitsgeräten;
- Führen von Personalunterlagen;
- Ausdrücklich erklärter Parteiwille.⁵⁰

3. Gesamthafte Würdigung und individuelle Gewichtung

Arbeitsverträge, die nur einzelne der erarbeiteten Indizien enthalten, sind durchaus möglich. Es ist im Einzelfall eine Gewichtung vorzunehmen und zu prüfen, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt oder nicht. Die Gewichtung kann je nach dem Aspekt, unter welchem das Vertragsverhältnis untersucht wird, anders vorgenommen werden. In den verschie-

⁵⁰ Diese wurden vom deutschen Bundesarbeitsgericht als wesentlich erachtet und zur Beurteilung und Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses vom Verhältnis der freien Mitarbeit herangezogen, BAG UFITA 52 (1969), 254-261; zur rechtlichen Stellung eines Kameramannes beim Rundfunk; Reh binder, Soziale Sicherung 21-22.

denen Rechtsgebieten sind die Kriterien zudem nicht zwingend dieselben.⁵⁷ Dies kann bewirken, dass ein Arbeitsverhältnis in einem Rechtsgebiet bejaht, in einem anderen aber verneint wird.⁵⁸

Das Vertragsverhältnis muss gesamthaft gewürdigt werden unter Berücksichtigung auch der sozialen Komponente.⁵⁹ Wesentlich ist auch, ob der einzuordnende Arbeitnehmer aus dem Vertragsverhältnis seine einzigen oder hauptsächlichsten Einkünfte bezieht, sowie ein allfälliger unterschiedlicher sozialer Standard zwischen den beiden Vertragsparteien.

57 Urteil des EVG i. Sa. André Mayor vom 1. Oktober 1969 = ARV 1969 Nr. 33.

58 BGE 104 V 201-206.

59 Rancke 183 mit weiteren Hilfskriterien.

II. DER LEITENDE ANGESTELLTE

1. Begriff

a) Fehlende gesetzliche Regelung

Die gesetzlichen Bestimmungen im OR und im SchKG setzen einen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff voraus. Der leitende Angestellte, bei dem es sich um eine Art Mittlerstellung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber handelt, wird nicht erwähnt. Im Hinblick auf die Einräumung eines Konkursprivileges nach Art. 219 Abs. 4 SchKG ist diese Mittlerstellung näher zu umschreiben.

b) Entscheidungsbefugnis in wesentlichen Angelegenheiten und entsprechende Verantwortung

Im Gegensatz zum OR und SchKG erwähnt das Arbeitsgesetz leitende Angestellte separat, und zwar in dem Sinne, dass dieses nicht anwendbar sei auf Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit ausüben.⁶⁰ Eine höhere leitende Tätigkeit übt aus, wer in einem Betrieb oder Betriebsteil über Entscheidungsbefugnis in wesentlichen Angelegenheiten verfügt und eine entsprechende Verantwortung trägt.⁶¹ Die beiden Merkmale der Entscheidungsbefugnis in wesentlichen Angelegenheiten und der entsprechenden Verantwortung müssen kumulativ erfüllt sein. Doktrin und Praxis erachten eine Angelegenheit als wesentlich, die das Unternehmen als Ganzes oder doch einen Teil davon betrifft und Fragen aufwirft, deren Lösung den Gang oder die Struktur des Unternehmens oder einen Teil davon nachhaltig beeinflussen kann.⁶²

⁶⁰ Art. 3 lit. d ArG; vgl. Botschaft zum Arbeitsgesetz, BBl. 1960 II 947: Die Ausnahme vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes wird dadurch begründet, dass die genannten Personen aufgrund ihrer besonderen Stellung im Betrieb keines öffentlich-rechtlichen Schutzes bedürften.

⁶¹ Art. 7 ArGV I.

⁶² Bigler, Art. 3 lit. d, BGE 98 Ib 348.

Der leitende Angestellte steht in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis zum Unternehmen. Sollte der Betreffende aufgrund einer Organstellung tätig werden, so ist er kein Arbeitnehmer und damit auch kein leitender Angestellter.⁶³

2. Zur Schutzbedürftigkeit

Der leitende Angestellte, der im Vergleich zu untergeordneten Arbeitnehmern eine relativ unabhängige Stellung innehat, bedarf trotzdem eines sozialen Schutzes. Er ist in gewissen Situationen sogar schutzbedürftiger als ein untergeordneter Arbeitnehmer. Bei einer Fusionierung, Rationalisierung oder einem Managementwechsel kann es gelegentlich vorkommen, dass nur die Kaderstellen neu besetzt oder weg-rationalisiert werden; untergeordnete Arbeitsplätze bleiben davon unberührt.⁶⁴ Bei einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses haben leitende Angestellte Mühe, innert Kündigungsfrist eine gleichwertige Arbeit zu finden. Die Chancen werden mit steigendem Lebensalter geringer, vor allem je gehobener die Position war, die sie innehatten.⁶⁵

63 Vgl. Bürgi, Art. 708 OR N. 13, der betont, dass besonders im Falle der Klein-AG, wo ein oder mehrere Verwaltungsräte die gesamte Geschäftsführung berufsmässig durchführen, das Rechtsverhältnis zweifellos dienstvertraglichen Charakter aufweise; Wyss, der im Gegensatz zum Interessengegensatzvertrag - Austausch von Lohn und Arbeit - eher Elemente eines Interessenwahrungsvertrages vorfindet; Rechtsprechung: Gewerbegericht Zürich ZR 59 (1960) Nr. 29; Handelsgericht Zürich ZR 76 (1977) Nr. 75 und Nr. 76; Obergericht Zürich ZR 77 (1978) Nr. 25.

Zum Problem der Doppelfunktion: Organstellung und leitender Angestellter vgl. § 9 III 4, m. E. ist in diesem Fall auf das Mass der Geschäftsführungsbefugnis abzustellen. Bei einer Minderheitsbeteiligung ist eher für eine Arbeitnehmerähnlichkeit zu entscheiden und bei einer Mehrheitsbeteiligung für eine Arbeitgeberstellung (=Unternehmensinhaber).

64 Knus 54-55; Wyss 70-73.

65 Schweizerisches kaufmännisches Zentralblatt, Zürich 1972 Nr. 10, 29.

Leitende Angestellte, die bei einer sich abzeichnenden Krise die entsprechenden Massnahmen wie Kündigung, Stellungssuche und Sicherstellung der Lohnforderung vorzeitig treffen könnten, sind nicht selten stärker an das Unternehmen gebunden als übrige Arbeitnehmer. In der Praxis wird oft gerade mit leitenden Angestellten ein längerfristiger Arbeitsvertrag abgeschlossen, der nur mit Ablauf der Vertragszeit aufgelöst werden kann und nicht durch Kündigung.⁶⁶ Selbst im Falle eines kündbaren Vertrages würden bei Verneinung eines sozialen Schutzes gerade jene benachteiligt, die sich bis zuletzt trotz Kündigungsmöglichkeit für das Unternehmen eingesetzt und sich bemüht haben, einen Konkurs noch abzuwenden, was im Interesse nicht nur des Arbeitgebers, sondern auch der übrigen Arbeitnehmer liegt.

Wird hingegen die Insolvenz durch leitende Angestellte absichtlich oder fahrlässig herbeigeführt, so steht der Unternehmung und den Gläubigern ein Regressrecht zu.⁶⁷

Der Arbeitgeber hat nach Art. 323b Abs. 3 überdies ein Verrechnungsrecht: für absichtlich zugefügten Schaden ein vollumfängliches und für fahrlässig verursachten nur in dem Ausmasse, als die Lohnforderung pfändbar ist (Art. 93 SchKG). Dass bei einem fahrlässig verursachten Schaden die auf das Existenzminimum herabgesetzte Lohnforderung dennoch in der ersten Klasse privilegiert würde, entspräche dem Gedanken der Schutzbedürftigkeit. Bei einer vollumfänglichen Verrechnung entfällt das Problem eines missbräuchlich gewährten Privileges ohnehin.

66 Problematik der langfristigen Arbeitsverträge vgl. u. § 10 III.

67 Allgemeine Bestimmungen: Art. 55 ZGB; Art. 754 OR: aktienrechtliche Verantwortung für alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle betrauten Personen; Art. 827 OR für die GmbH; Art. 916-918 OR für die Genossenschaft; Art. 321e OR Haftung des Arbeitnehmers. Näheres bei Forstmoser N. 440-448; Forstmoser/Meier-Hayoz § 25 N. 35.

3. Konkursprivileg

Die Meinungen darüber, ob dem leitenden Angestellten ein Konkursprivileg erster Klasse nach Art. 219 Abs. 4 SchKG zukommt oder nicht, gehen auseinander. Erstaunlich an diesem Meinungsstreit ist, dass dieses Problem in der Literatur so wenig Beachtung gefunden hat.⁶⁸ Jaeger verneinte ein Privileg schlichtweg, während es Blumenstein sämtlichen Angestellten ohne Rücksicht auf Rang und Stellung, die sie im Geschäft einnehmen, gewähren wollte.⁶⁹

Eine historische Betrachtungsweise würde eher darauf schliessen lassen, dass leitenden Angestellten kein Konkursprivileg zukommen sollte; denn die Löhne der oberen Führungskräfte wurden in der älteren Fassung des SchKG nicht dem Privileg unterstellt. Ursprünglich war lediglich die Rede von Dienstboten (lit. a), Kommis und Bureauangestellten (lit. b) und von auf Tag- oder Stücklohn gedungenen Arbeitern (lit. c). Mit dem Erlass des neuen Arbeitsgesetzes wurden diese Begriffe durch den neuzeitlichen Ausdruck "Arbeitnehmer" ersetzt, ohne dass das Konkursprivileg materiell hätte erweitert werden sollen. Art. 219 SchKG wurde zusammen mit dem Arbeitsgesetz, das auf Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit ausüben, nicht anwendbar ist, revidiert (Art. 63 ARG). Die Schlussfolgerung, dass nach dem Willen des Gesetzgebers der Anwendungsbereich des Privileges nicht weiter gehen sollte als derjenige des Arbeitsgesetzes, liegt demzufolge nahe.

Es bestehen aber Bedenken, einen Angestellten in leitender Position, der sich vielleicht allmählich emporgearbeitet und nach jahrelanger Anstellung bis zuletzt in der Firma ausgeharrt hat, hinsichtlich seiner Lohnforderung im vollen Umfange in die fünfte Klasse zu verweisen und ihn praktisch leer ausgehen zu lassen.

⁶⁸ Dallèves/Ammann 36-37.

⁶⁹ Jaeger, Art. 219 N. 15; Blumenstein 684; vgl. Hutterli § 13 VI.

Jaeger/Daeniker haben sich zur Zeit der älteren Fassung des SchKG bereits für eine differenzierte und m. E. richtige Lösung entschieden: "Das Privileg hängt nicht davon ab, ob im Werk- oder Dienstvertrag gearbeitet wurde, sondern davon, ob der Arbeiter wirtschaftlich selbständig oder vom Gemeinschuldner gedungen war." ⁷⁰

Die Praxis gewährte in der Regel sämtlichen Personen, die in einem wirklichen Unterordnungs- und Dienstverhältnis zum Gemeinschuldner standen, das Konkursprivileg.⁷¹ Das Zürcher Obergericht hat z. B. leitenden Angestellten immer dann ein Konkursprivileg zugebilligt, wenn ein tatsächliches Unterordnungsverhältnis vorlag.⁷² Dabei kam es nicht auf die Formulierung des Vertragsverhältnisses an, sondern auf die tatsächlichen Gegebenheiten.⁷³

Zusammenfassung und Ergebnis

Obwohl leitende Angestellte aufgrund ihrer Stellung eine gewisse (relative) Selbständigkeit (zum Teil fehlende Unterordnung, eigenes Weisungsrecht mit entsprechender Verantwortung) geniessen, besteht grundsätzlich eine Abhängigkeit in persönlichem und meist auch wirtschaftlichem Sinne.⁷⁴ Sie werden deshalb im Konkurs als Arbeitnehmer behandelt.

⁷⁰ Jaeger/Daeniker, Art. 219 SchKG N. 9 mit Beispielen.

⁷¹ BGE 52 III 145: Das Konkursprivileg wurde für den Ehemann der Geschäftsinhaberin verneint, der effektiv der Geschäftsleiter war und in keinem Subordinationsverhältnis stand.

⁷² Zürcher Obergericht ZR 31 (1931) Nr. 185, ZR 34 (1935) Nr. 82.

⁷³ Zürcher Obergericht ZR 77 (1978) Nr. 25: Bestätigung der Rechtsprechung mit weiteren Hinweisen, vgl. auch die Kontroverse in der deutschen Literatur, zitiert und verarbeitet bei Oehlerking 29-41; Oehlerking selber stellt auf die Geschäftsführungsbefugnis ab, 39.

⁷⁴ Bei Unternehmensbeteiligung vgl. u. § 9 III 4 und a. M. Hutterli § 13 VI.

III. DIE ARBEITNEHMERÄHNLICHE PERSON

1. Bedeutung

Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person wird auf jene Personen angewandt, die keine Arbeitnehmer sind, aber bei denen die gleiche soziale Schutzbedürftigkeit vorhanden ist.⁷⁵

Im Gegensatz zu den Arbeitnehmern, die sowohl "persönlich" wie "wirtschaftlich" abhängig sein können, ist bei der arbeitnehmerähnlichen Person nur eine "wirtschaftliche" Abhängigkeit von einem oder mehreren Unternehmen anzutreffen.

Sinn der Rechtsfigur der arbeitnehmerähnlichen Person ist, dass bestimmte Regelungen des Arbeitsrechts analog angewandt werden.⁷⁶ Dies stellt einen nicht unbedeutenden Eingriff in die privatautonome Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien dar. Nicht die rechtliche Wertung, die die Parteien ihren Vertragsbeziehungen beimessen, ist massgebend, sondern allein jene rechtliche Wertung, die sich bei objektiver Betrachtung aller Umstände ergibt, und zwar selbst dann, wenn die Parteien ausdrücklich bestimmt haben, es liege kein Arbeitsverhältnis vor.⁷⁷

Bei Zahlungsunfähigkeit und Konkurs des Arbeitgebers müssen arbeitnehmerähnliche Personen gleich behandelt werden wie Arbeitnehmer. Sie geniessen nach Art. 219 Abs. 4 SchKG für ihre Forderungen aus dem Vertragsverhältnis ein Konkursprivileg erster Klasse. Ebenso haben sie einen Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung

⁷⁵ Wachter 105; Herschel, DB 1977, 1186-1187.

⁷⁶ Rehbinder § 4 A II, S. 26 mit Beispielen; Wachter 27.

⁷⁷ Rancke 40; BAG UFITA 52 (1969) 254 ff.; aber nicht jeder wirtschaftlich von einem andern abhängige Unternehmer ist auch arbeitnehmerähnlich: Seidel BB 1970, 972.

und eine allfällige Insolvenzenschädigung.⁷⁸

2. Persönliche Selbständigkeit und wirtschaftliche Abhängigkeit

Im Gegensatz zum Arbeitnehmer ist die arbeitnehmerähnliche Person persönlich selbständig, sie ist nicht im Dienste eines Arbeitgebers tätig, sondern kann bei jedem neuen Auftrag entscheiden, ob sie ihn ausführen will oder nicht. Ob von diesem Recht im Einzelfall Gebrauch gemacht wird, ist für die persönliche Selbständigkeit nicht entscheidend, wohl aber für die wirtschaftliche Abhängigkeit. Eine Auftragsablehnung würde einer "Arbeitsverweigerung" gleichkommen, und anstelle einer fristlosen Auflösung nach Art. 337 OR käme es zu einem Abbruch der Vertragsbeziehungen.⁷⁹ Wirtschaftlich abhängig ist die arbeitnehmerähnliche Person insofern, als sie für Rechnung des Auftraggebers tätig wird und aus diesem Vertragsverhältnis einen beträchtlichen Teil des Einkommens bezieht.

⁷⁸ Holzer, Art. 13 Abs. 1 lit. b ALVG: "Als Arbeitnehmer gelten nicht nur Personen, die in einem Dienstverhältnis gemäss OR stehen ..., sondern auch Personen, die in einem dienstvertragsähnlichen Verhältnis stehen, das mit Rücksicht auf die soziale Schutzbedürftigkeit einem Dienstverhältnis gleichzustellen ist ... Entscheidend ist, dass ein Unterordnungsverhältnis zum Arbeitgeber besteht und dass Arbeit auf Zeit geleistet wird."

⁷⁹ Vgl. Entscheid des Gewerbegerichtes Zürich im Falle eines Discjockeys vom 8.5.1972, ZR 74 (1975) Nr. 66, wo in erster Linie auf das soziale Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Parteien und auf die Weisungsbezugnis des Auftraggebers abgestellt wurde.

3. Soziale Schutzbedürftigkeit

Bei arbeitnehmerähnlichen Personen ist zufolge der wirtschaftlichen Abhängigkeit die gleiche soziale Schutzbedürftigkeit vorhanden wie bei einem Arbeitnehmer.

Die soziale Schutzbedürftigkeit nimmt hingegen mit steigendem Arbeitseinkommen ab und wird jedenfalls dann fraglich, wenn das Arbeitsentgelt zum Zwecke der eigenverantwortlichen sozialen Absicherung um einen gehörigen Eigenversorgungszuschlag erhöht wird.⁸⁰

Diesem Argument ist dann zuzustimmen, wenn das Einkommen der freien Mitarbeiter den Verdienst der Festangestellten so erheblich übersteigt, dass die freien Mitarbeiter mit den Mehreinnahmen ihre sozial schwächere Position auffangen können.⁸¹

Andererseits sind aber Vertragsverhältnisse denkbar, die bewusst vom Arbeitgeber als arbeitnehmerähnlich ausgestaltet werden zum Nachteil der sozial schwächeren Vertragspartei (z.B. "Kettenarbeitsverhältnisse" freier Mitarbeiter).⁸²

Es ist jeweils im Einzelfall abzuklären, ob aus der wirtschaftlichen Abhängigkeit eine soziale Schutzbedürftigkeit resultiert oder nicht. Ist die soziale Schutzbedürftigkeit neben der wirtschaftlichen Abhängigkeit kumulativ vorhanden, so handelt es sich um ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis. Forderungen aus diesem Vertrag werden im Konkurs des Arbeitgebers gleich behandelt wie Forderungen von Arbeitnehmern.

⁸⁰ Beuthien, RdA 1978, 5.

⁸¹ Seidel, BB 1970, 973.

⁸² Ekonomi 26 ff. zum Problem rechtsmissbräuchlicher Kettenarbeitsverträge; Lieb RdA 1974, 257-269 zur Schutzbedürftigkeit.

4. Konkursprivileg trotz Unternehmensbeteiligung

Juristische Personen können mit ihren Gesellschaftern, Aktionären oder Organen einen Arbeitsvertrag abschliessen.⁸³ Massgebend ist dabei aber nicht der Vertragswortlaut, sondern die tatsächlichen Verhältnisse.⁸⁴ Ist trotz Unternehmensbeteiligung ein Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnis vorhanden, so ist dieses Vertragsverhältnis unter dem Gesichtspunkt der Arbeitnehmerähnlichkeit zu prüfen.

Das Zürcher Obergericht hat nun wiederholt auch Direktoren von Aktiengesellschaften das Konkursprivileg für Arbeitnehmer zugebilligt, und zwar immer dann, wenn ein faktisches Unterordnungsverhältnis vorlag.⁸⁵ Verneint wird das Privileg hingegen für Direktoren, die in keinem Abhängigkeitsverhältnis stehen, und für Verwaltungsräte, die zugleich Mehrheitsaktionäre sind.⁸⁶ In den erwähnten Urteilen wurde auf die tatsächliche Firmenherrschaft, bzw. auf das Ausmass der Unternehmensbeteiligung abgestellt. Verneint wurde das Privileg für Organe mit einer Mehrheitsbeteiligung, bejaht hingegen bei einer Minderheitsbeteiligung.

83 Beispiele: im Betrieb mitarbeitende Gesellschafter einer Unternehmung; Personen, die aufgrund körperschaftlicher Verpflichtung Arbeit leisten; geschäftsführende Organe juristischer Personen.

84 Art. 2 ZGB; "Durchgriffsrecht".

85 ZR 31 (1932) Nr. 185; ZR 34 (1935) Nr. 82.

86 ZR 77 (1978) Nr. 25. Vgl. aber auch Obergericht des Kantons Thurgau vom 1.11.1977, SJZ 1978, 363: Kein Konkursprivileg für Löhne von Führungskräften einer AG. Das Privileg wurde verneint mit der Begründung, es finde sich nirgends ein Hinweis, dass mit der Neufassung des Art. 219 SchKG der Begriff des Arbeitnehmers erweitert worden wäre, sowie fehle für die oberen Führungskräfte ein Schutzbedürfnis, das Sinn und Anlass einer Privilegierung sei. Erst am Schluss wird erwähnt, dass der Kläger Hauptverantwortlicher des konkursiten Unternehmens war und das halbe Aktienpaket besass. Diese Tatsache hätte m. E. zuerst berücksichtigt werden sollen.

IV. ZUR LIMITIERUNG DER GEHALTSHOEHE

1. Notwendigkeit

Die Forderungen von leitenden Angestellten und arbeitnehmerähnlichen Personen können in der ersten Klasse im Vergleich zur geschuldeten Gesamtlohnsumme einen beträchtlichen Betrag ausmachen. Dies kann dazu führen, dass unter Umständen die Löhne der übrigen Arbeitnehmer nicht mehr gedeckt werden. Die ohnehin schon niedrige Konkursdividende muss noch mehr gesenkt werden.

Einerseits ist dem Sinn eines Konkursprivilegs, der in der erhöhten Schutzbedürftigkeit gewisser vom Gemeinschafts- wirtschaftlich abhängiger Gläubiger zu suchen ist, gerecht zu werden. Auf der anderen Seite sind leitende Angestellte und arbeitnehmerähnliche Personen gleich zu behandeln wie die übrigen Arbeitnehmer, ohne diese wiederum zu benachteiligen. Eine gerechte Lösung dieses Problems könnte gefunden werden, wenn für die Aufnahme in die erste Klasse die Gehälter begrenzt und die Restforderungen in die letzte Klasse verwiesen würden.

2. Berechnungsmöglichkeit

Eine Limite könnte auf zwei Arten festgesetzt werden:

- Durch Feststellen eines individuellen Existenzbedarfes. Dem sozialen Standard sollte genügend Rechnung getragen werden.

- Durch Uebernahme der Regelung der Arbeitslosenversicherung. Als Bemessungsgrundlage gilt der zuletzt bezogene Lohn (Art. 12 AlVB). Monatlich sind nur höchstens bis zu Fr. 3 900.- beitragspflichtig, und nur diese können auch versichert werden (Art. 2 AlVB).⁸⁷

Auch im Entwurf zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung wird die Höhe der Entschädigung aufgrund des versicherten Verdienstes, der nicht mehr zahlenmässig, sondern "höchstens bis zu dem für die obligatorische Unfallversicherung massgebenden, auf den Monat umgerechneten Höchstbetrag des beitragspflichtigen Verdienstes" (Art. 2 E-AlVG) limitiert. ⁸⁸

Die Begrenzung des privilegierten Gehalts im Sinne der Regelung im Arbeitslosenversicherungsrecht ist vorzuziehen. Nicht nur weil sich die Grenze im Einzelfall anhand der entrichteten Beiträge einfacher und gerechter feststellen lässt, sondern auch, weil eine allfällige Insolvenzenschädigung Lohnforderungen ebenfalls nur ⁸⁹ bis zum Höchstbetrag der Beitragsbemessung decken würde.

Eine Limite der Gehaltshöhe sollte aber nur dann festgesetzt werden, wenn die Konkursmasse nicht ausreicht, die Forderungen der ersten Klasse voll zu decken.

⁸⁷ Beispiele für die Berechnung: Merkblatt über Beiträge an die Arbeitslosenversicherung, Bestellnummer 40/80 d.

⁸⁸ BBl. 1980 III 489-637, BBl. 1982 I 1376 ff. Aenderung auf 1.1.1983/4.

⁸⁹ Art. 51 E-AlVG.

3. Grundsatz der Gleichbehandlung

Unter dem Aspekt einer Gleichbehandlung der privilegierten Gläubiger müssten aber sämtliche Lohnforderungen begrenzt werden, jene der leitenden Angestellten, die der arbeitnehmerähnlichen Personen sowie die der übrigen Arbeitnehmer.

§ 10 NATUR DER PRIVILEGIERTEN FORDERUNGEN

I. GESETZLICHE REGELUNG

Privilegiert sind Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, die in den letzten sechs Monaten vor Konkurseröffnung entstanden sind, Forderungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Konkurses des Arbeitgebers und die Rückforderung von Kautionen (Art. 219 Abs. 4 SchKG).

Die Unterscheidung zwischen Forderungen, die vor Konkurseröffnung, und Forderungen, die infolge Konkurseröffnung entstanden sind, wurde bei der Aenderung des SchKG in Art. 63 des Arbeitsgesetzes aufgehoben.⁹⁰ Es sind nun sämtliche Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, die sechs Monate vor Konkurseröffnung, und Forderungen, insbesondere Lohnansprüche bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, die wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Konkurses des Arbeitgebers entstanden sind, in der ersten Klasse privilegiert.⁹¹

⁹⁰ Botschaft zum Arbeitsgesetz, BBl. 1960 II 1011-1012.

⁹¹ Zur früheren Regelung: Weber/Brüstlein, Art. 219 SchKG N. 12; Schweingruber, BLSchK 1961, 129-146 (143 ff.); Hug, Die Einwirkung von Schuldbetreibung und Konkurs auf das Dienstverhältnis, 75 ff. Rechtsprechung: Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt in "Gesetz und Recht", Beilage zur Gewerkschaftlichen Rundschau 1960, Heft 3, 23; Bezirksgericht Horgen, SJZ 1954, 296-298.

II. ART DER FORDERUNG

Sämtliche Forderungen des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber werden bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig (Art. 339 OR) und sind in der ersten Klasse privilegiert.

1. Lohnforderung

Unter Lohnforderung wird in erster Linie die direkte Lohnzahlung verstanden. Darunter fallen der zum Teil rückständige Lohn für die letzten sechs Monate vor Konkurseröffnung und der Anspruch auf Lohnzahlung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist.⁹²

2. Ferienanspruch

Lohnbestandteil bildet auch der Ferienanspruch. Bei Beendigung kann dieser entgegen dem Verbot in Art. 329d Abs. 2 OR, das nur während der Dauer des Arbeitsverhältnisses besteht, in Geld abgegolten werden.⁹³ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist eine solche Umwandlung immer dann und nur dann zulässig, wenn der Arbeitgeber nicht mehr in der Lage ist, seiner Verpflichtung

⁹² Kündigungsfristen bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrag, Art. 330a-e OR; vgl. Problem der langfristig befristeten Arbeitsverträge u. § 10 III.

⁹³ Brühwiler, Art. 329d OR N. 4.

tung in natura nachzukommen.⁹⁴ Eine separate Ferienentschädigung im Konkursfalle ist zu berechnen, wenn die Ferien während der Kündigungszeit nicht mehr bezogen werden können.

Diese Regelung kann eine Benachteiligung jener mit sich bringen, die die Ferien noch nicht bezogen haben. Kann sich doch die Ferienzeit mit der Kündigungsfrist teilweise decken.⁹⁵ Die Lohnforderungen inklusive Ferienanspruch sind bei einer Betriebsstillegung unter Umständen gleich hoch wie Forderungen von Arbeitnehmern, die ihre Ferien bereits bezogen haben. Sollten letztere anteilmässig zu viel Ferien genommen haben, kann, sofern keine anderslautende Vereinbarung getroffen wurde, eine Rückerstattung des Ferienlohnes nicht gefordert werden.⁹⁶ Dies wäre mit der Natur des Ferienanspruches, der zur Erholung des Arbeitnehmers dient, nicht vereinbar.

94 BGE 101 II 284-286; vgl. auch Zuteilung der Teilferien während der Kündigungszeit, Art. 329c und d OR, Arbeitsgericht der Stadt Bern, JAR 1980, 245-247, vor allem wenn es bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses an Zeit fehlt.

95 Art. 329c Abs. 2 OR, wonach der Arbeitgeber den Zeitpunkt bestimmen kann.

96 Rehbindler § 9 B II 3, S. 78 mit Begründung aus Art. 329d Abs. 3 OR; vgl. auch Schweingruber, Art. 329a OR N. 7; a.M. Bezirksgericht Uster, JAR 1981, 286-287: Die Forderung sei aus dem Arbeitsvertrag entstanden und zusammen mit allfälligem Schadenersatz gemäss Art. 337b OR als ungerechtfertigte Bereicherung zurückzubezahlen. Infolge nachträglich weggefallenem Grund und der Vermengung der Lohnzahlung mit seinem eigenen Geld bleibe der Arbeitnehmer formell Eigentümer des Zuviel-bezahlten, mit Hinweis auf BGE 64 II 121 ff., Erw. 5 f.; 73 II 180 ff. M.E. sollte, wenn schon Art. 62 ff. OR zur Anwendung gelangen, auch Art. 64 OR entsprechend gewürdigt werden.

3. Gratifikation und/oder 13. Monatslohn

a) Gratifikation als freiwillige Zuwendung

Bei der in Art. 322d OR umschriebenen Sondervergütung handelt es sich um eine dem Grundsatz und der Höhe nach freiwillige Zuwendung, die den Charakter der Freiwilligkeit verlieren kann, wenn sie während Jahren vorbehaltlos ausbezahlt wurde. Ein Pro-rata-temporis-Anspruch besteht aber nur, wenn dieser verabredet wurde, Art. 322d Abs. 2 OR. Eine solche Abrede kann sich auch hier stillschweigend aus ständiger betrieblicher Übung ergeben.⁹⁷

b) 13. Monatslohn als Lohnbestandteil

Der 13. Monatslohn ist von der reinen Gratifikation zu unterscheiden. Es handelt sich dabei nicht um eine freiwillige Sondervergütung, sondern um eine Zuwendung, die in bestimmter oder bestimmbarer Höhe als Lohnbestandteil versprochen wurde. Sie könnte auch auf die einzelnen Monatslöhne umgerechnet und in die periodische Lohnzahlung integriert werden. Bei Aushilfspersonal, Temporärangestellten und freien Mitarbeitern wird in der Regel ein höherer Stundensatz berechnet, der eine Gratifikation im Sinne des 13. Monatslohnes und eine Ferienvergütung bereits umfasst. Die Mehrzahl der Arbeitgeber wählt aber für die Auszahlung einen besonderen Anlass (Weihnachten). Dabei handelt es sich lediglich um einen Aufschub des Fälligkeitstermins. Aus dieser Ueberlegung geht hervor, falls nichts anderes verabredet ist, dass ein bestimmter oder bestimmbarer Lohnbestandteil genau gleich geschuldet wird wie der monatliche Lohn. Der Arbeitnehmer hat einen Pro-rata-temporis-Anspruch,

⁹⁷ Botschaft zum Arbeitsvertrag, BBl. 1967 II 321-322; Rehbinders § 9 A III 4, S. 61-62; Schweingruber, Art. 322d OR N. 1-7; Appellationsgericht Basel-Stadt, BJM 1980, 87-89 = JAR 1981, 134-135.

wenn das Vertragsverhältnis vor dem üblichen Fälligkeits- oder Auszahlungstermin aufgelöst wird.⁹⁸

c) Grenzfälle

Bei einer unklaren Formulierung wie etwa "13. Monatslohn als Gratifikation" ist ein 13. Monatslohn im eigentlichen Sinne geschuldet. Denn er ist in der Höhe bestimmbar und wurde dem Arbeitnehmer als fester Lohnbestandteil zugesichert. Ausserdem hat der Arbeitgeber, da er es in der Regel ist, der den Vertragstext verfasst, nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz "in dubio contra stipulatorem" den Wortlaut der Bestimmung gegen sich gelten zu lassen.⁹⁹

4. Anteil am Geschäftsergebnis

Ein Arbeitgeber, der in Konkurs gerät, hat im Normalfall in den Vorjahren einen Verlust erwirtschaftet.¹⁰⁰ Es entfällt eine Gewinnbeteiligung.

Wurde aber eine Beteiligung am Umsatz vereinbart (Art. 322a OR), muss diese ermittelt und als Lohnbestandteil zu den privilegierten Forderungen gerechnet werden.¹⁰¹

5. Provision

Ein Provisionsanspruch ist die in Prozenten ausgedrückte Beteiligung des Arbeitnehmers am Werte der einzelnen von ihm vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte.¹⁰²

⁹⁸ Gewerbegericht Zürich JAR 1980, 198 ff.

⁹⁹ Ebd., 200 ff.

¹⁰⁰ Vgl. o. § 1.

¹⁰¹ Botschaft zum Arbeitsvertrag, BBl. 1967 II 315.

¹⁰² BGE 90 II 483.

Er bildet ebenso wie der Anteil am Geschäftsergebnis einen Lohnbestandteil. Meistens wird dieser Tatsache dadurch Rechnung getragen, dass der Grundlohn oder das sogenannte Fixum entsprechend niedriger angesetzt sind. Bei Handelsreisenden ist diese Lohnform die Regel und kann u. U. die einzige Art des Lohnes sein (Art. 349a Abs. 2 OR).¹⁰³

Schon in Art. 9 Abs. 4 HRAG wurde für Handelsreisende das Privileg ausdrücklich auch auf die Provisionsforderung ausgedehnt. Bei der Revision des Arbeitsvertragsrechts vom 25. Juni 1971 wurde diese Bestimmung in Art. 349e OR, der die Vorschriften von Art. 9 Abs. 1-3 HRAG übernommen hat, nicht mehr wiederholt, denn das Privileg umfasste bereits allgemein sämtliche Nebenforderungen aus dem Arbeitsverhältnis.¹⁰⁴

6. Auslagenersatz

Auslagenersatz bildet an sich keinen Lohnbestandteil. Es handelt sich aber um eine Nebenforderung, auf die das Konkursprivileg ausdrücklich erweitert wurde.¹⁰⁵

7. Kautionen

Eine Privilegierung der Rückforderung von Kautionen ist in Art. 219 Abs. 4 SchKG ausdrücklich vorgesehen. Diese Bestimmung kommt aber erst dann zur Anwendung, wenn die Kaution Bestandteil der Konkursmasse geworden ist, weil der Arbeitgeber seine Ausscheidungspflicht vernachlässigt hat. Nach Art. 330 Abs. 1 und 362 OR hat der Arbeitgeber

¹⁰³ Botschaft zum Arbeitsvertrag, BBl. 1967 II 317-319; Rehbinder § 9 A II 3 b, S. 60.

¹⁰⁴ Botschaft zum Arbeitsgesetz, BBl. 1960 II 1011.

¹⁰⁵ Ebd., 1011 f.

die Pflicht, Kauttionen von seinem Vermögen getrennt zu halten, damit nach Art. 330 Abs. 4 OR dem Arbeitnehmer im Konkursfalle ein Aussonderungsrecht eingeräumt werden kann.¹⁰⁶

8. Abgangsentschädigung

a) Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis

Bei Auflösung des Vertragsverhältnisses durch die Konkursverwaltung wird, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, auch eine Abgangsentschädigung geschuldet (Art. 339b und 339c OR). Der sachliche Geltungsbereich des Konkursprivileges der ersten Klasse wurde auf sämtliche Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis ausgedehnt und umfasst demzufolge auch eine allfällige Abgangsentschädigung;¹⁰⁷ obwohl deren rechtliche Natur Fürsorgecharakter aufweist und eine Verweisung in die zweite Klasse naheliegen würde.

Einen Hinweis dafür, dass Abgangsentschädigungen nach geltendem Recht grundsätzlich in der ersten Klasse privilegiert sind, ist neben vereinzelt¹⁰⁸ten Gerichtsentscheiden auch dem Revisionsentwurf zu entnehmen. Die Expertenkommission hat zu Art. 219 Abs. 4 VE-SchKG ausdrücklich betont, dass Abgangsentschädigungen nicht in die erste Klasse, sondern neu in die zweite fallen würden.

¹⁰⁶ So wie beim Auftragsverhältnis ein Herausgabeanspruch des Auftraggebers im Konkurs des Beauftragten vorgesehen ist, Art. 401 Abs. 3 OR; Botschaft zum Arbeitsvertrag, BBL. 1967 II 354.

¹⁰⁷ Botschaft zum Arbeitsgesetz, BBL. 1960 II 1011 f.: die Abgangsentschädigung wurde allerdings nicht separat erwähnt. In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass das Konkursprivileg bereits 1960, also noch vor der Revision des Arbeitsvertragsrechts, auf sämtliche Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis erweitert wurde.

¹⁰⁸ Vgl. ZivGer. Basel, BJM 1979, 128: Privilegierung einer Abgangsentschädigung von zwölf Monatslöhnen in der ersten Klasse.

b) Bedeutung der 6-Monatsfrist

Ein besonderes Problem stellt sich scheinbar bei der Berechnung der 6-Monatsfrist. Bei der Abgangsentschädigung handelt es sich um einen Anspruch, der zwar über Jahre hinweg sukzessiv entstanden ist, aber erst zum Zeitpunkt des Austritts fällig wird. Die Bedenken von Streiff, der sich generell gegen ein Konkursprivileg ausspricht, gründen im wesentlichen auf dem Argument, dass die gesetzliche Abgangsentschädigung durch die langjährige Arbeit entstanden sei, das Gesetz hingegen nur die Arbeit der letzten sechs Monate privilegiert wissen wolle.¹⁰⁹ Dieses Argument ist aber nicht stichhaltig. Die gesetzliche Abfindung nach Art. 339b OR dient dem Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile, die der Arbeitnehmer infolge seines Arbeitsplatzverlustes und für die Zukunft erleidet, selbst wenn bei der Höhe der Abfindung die Dauer der Betriebszugehörigkeit massgebend ist.

Die Beschränkung der Privilegierung auf die Forderungen aus einem Zeitraum von sechs Monaten vor Konkurseröffnung soll den Arbeitnehmer veranlassen, seine Forderungen in diesem Zeitraum auch geltend zu machen. Die Formulierung "entstanden" in Art. 219 Abs. 4 SchKG bezeichnet nicht die rechtliche Entstehung, sondern die Fälligkeit, die eine Geltendmachung erst ermöglicht. Da bei einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Konkursverwaltung eine Abgangsentschädigung erst fällig wird, ist die Frist von 6 Monaten ohnehin gewahrt.

¹⁰⁹ So Streiff, Art. 339b-c N. 12.

Besondere Bedeutung erlangt diese Frist erst, wenn ein Arbeitsverhältnis schon einige Zeit vor Konkurseröffnung aufgelöst, die fällig gewordene Abgangsentschädigung aber noch nicht ausbezahlt wurde. Sollte die Forderung seit mehr als sechs Monaten fällig sein, verliert sie ihr Privileg. Ein Arbeitgeber könnte aber, wenn er seinen Arbeitnehmern das Konkursprivileg erhalten möchte, im Hinblick auf eine drohende Konkurseröffnung vereinbaren, dass die Forderung erst zu einem späteren Zeitpunkt fällig und ausbezahlt würde. Eine allfällige Konkurseröffnung bewirkte nach Art. 208 SchKG die Fälligkeit und die früher entstandene Abgangsentschädigung käme so in den Genuss des Privileges der ersten Klasse.

c) Vorentwurf und Verweisung in die zweite Klasse

Art. 219 Abs. 4 VE-SchKG sieht für Abgangsentschädigungen neu eine Privilegierung in der zweiten Klasse vor. Diese wird jedoch bereinigt und enthält neben der Forderung von Arbeitnehmern auf Abgangsentschädigung nur noch die Forderungen von Fonds zur Gründung und Unterstützung von Wohlfahrtseinrichtungen für Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber sowie für Genossenschafter, soweit diese Fonds mit dem Recht der Persönlichkeit ausgestattet sind. Sämtliche übrigen Forderungen der bisherigen zweiten Klasse werden in die dritte und letzte verwiesen.

Für Forderungen der zweiten Klasse entfällt konsequenterweise eine Fristberechnung.

d) Herabsetzung und Wegfall

Art. 339c Abs. 3 OR sieht eine Herabsetzung der Abgangsentschädigung vor, wenn der Arbeitgeber durch die Leistung der Entschädigung in eine wirtschaftliche Notlage versetzt würde. Diese Härteklausel kann aber nur dann angewandt werden, wenn der Arbeitgeber gerade durch die Zahlung dieser Entschädigung in eine Notlage geraten würde, nicht aber wenn die Notlage in Form der Zahlungsunfähigkeit und des Konkurses bereits eingetreten ist.¹¹⁰

Eine Entschädigungspflicht entfällt zwingend insoweit, als der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gleichwertige Leistungen im Rahmen der Personalvorsorge erbringt, sei es, dass Ansprüche gegen eine Personalvorsorgeeinrichtung bestehen, die nicht aus Beiträgen des Arbeitnehmers finanziert worden sind, sei es, dass der Arbeitgeber oder auf dessen Veranlassung ein Dritter dem Arbeitnehmer künftige Vorsorgeleistungen verbindlich zusichert (Pensionszusage, Versicherungsvertrag), Art. 339d OR.¹¹¹

¹¹⁰ Schweingruber, Art. 339c OR N. 3c.

¹¹¹ Rehbinder § 13 C 111, S. 112-113.

9. Ansprüche aus Sozialplan

a) Sinn und Zweck eines Sozialplanes

Eine Definition des Sozialplanes ist im Gesetz nicht enthalten. Es handelt sich dabei um eine Entschädigung,¹¹² die vom Arbeitgeber aufgrund seiner nachwirkenden Fürsorgepflicht¹¹³ anlässlich einer gänzlichen oder teilweisen Betriebsstillegung sämtlichen entlassenen Arbeitnehmern gewährt wird. Sie soll dem Arbeitnehmer in erster Linie über die durch die Beendigung entstandenen finanziellen Nachteile hinweghelfen. Ueberdies hat sie den Charakter einer Treueprämie für langfristige Arbeitsverhältnisse und soll teilweise Lohneinbussen kompensieren, die vor allem ältere Arbeitnehmer bei einem Stellenwechsel in Kauf nehmen müssen. Ein Sozialplan wird in der Regel so aufgestellt, dass das Alter des einzelnen Arbeitnehmers und die Anzahl der Arbeitsjahre gleichermaßen berücksichtigt werden.¹¹⁴

b) Vertragsparteien, Entstehung und Drittwirkung

Ein Sozialplan entsteht in der Regel in Form eines Gesamtarbeitsvertrages nach Art. 356 OR und wird hauptsächlich bei Betriebsschliessung oder bei Entlassung einer grösseren Zahl von Arbeitnehmern abgeschlossen. Vertragspartner ist bei einem Gesamtarbeitsvertrag nicht mehr der einzelne Arbeitnehmer, sondern es sind dies eine oder mehrere Gewerkschaften, die mit einem oder mehreren Arbeitgebern oder auch mit einem Arbeitgeber-

¹¹² Ein Sozialplan ist mit einer freiwilligen Abgangsentschädigung zu vergleichen.

¹¹³ Wirz 65-69.

¹¹⁴ Formelbeispiel: Alter x Dienstjahr x Prämiensatz.

verband verhandeln. Für die Gewerkschaftsmitglieder hat ein Sozialplan normative Wirkung (Art. 357 Abs. 1 OR).¹¹⁵ Die einzelnen Arbeitnehmer können ihren Anspruch unmittelbar gegen ihren Arbeitgeber durchsetzen. Für Aussenseiter, die keinen Anschluss nach Art. 356b OR erklärt haben, gilt eine solche Vereinbarung nur, wenn die Vertragsparteien in ihre Verträge Dritte miteinbezogen haben. Es handelt sich dabei um eine Vereinbarung mit "indirekt-schuldrechtlichem" oder besser "unvollkommen normativem" Charakter nach Art. 356 Abs. 2 OR.¹¹⁶

c) Privilegierung der Forderungen aus Sozialplan

Die im Sozialplan begründeten Forderungen anlässlich des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis sind für die betreffenden Gewerkschaftsmitglieder kraft normativer Wirkung der entsprechenden Vereinbarung "Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis". Falls diese in den letzten sechs Monaten vor Konkurseröffnung fällig geworden sind, geniessen sie ein Konkursprivileg erster Klasse.

Bei einem vor Konkurseröffnung abgeschlossenen Sozialplan haben die Parteien wiederum die Möglichkeit, für die Forderungen einen Fälligkeitstermin zu wählen, der in der Zukunft liegt. Eine solche Vereinbarung hat den Vorteil, dass die Arbeitnehmer auch noch nach Ablauf von sechs Monaten ihr Privileg nicht verlieren. Sollte der Zeitpunkt der Auszahlung innerhalb der 6-Monatsfrist oder nach der Konkurseröffnung, die nach Art. 208 SchKG die Fälligkeit sämtlicher Forderungen bewirkt, liegen, kommen diese Forderungen in den Genuss des Privilegs.

¹¹⁵ Zur normativen Wirkung vgl. Arregger 17 ff.

¹¹⁶ Indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen: Rehbinder § 36 A II, S. 169-171.

Durch das Aufschieben der Fälligkeit können die Arbeitnehmer vorerst die Entwicklung der finanziellen Situation des Arbeitgebers abwarten und brauchen nicht rigoros vorzugehen, um die Frist zu wahren. Dadurch kann u. U. eine Konkursöffnung vermieden und das Unternehmen mitsamt den noch vorhandenen Arbeitsplätzen gerettet werden.

Aussenseitern kommt ein Privileg dann zu, wenn ihnen die Gewerkschaft die Forderung abgetreten hat.

Die Tatsache, dass ein Sozialplan in der Form eines Gesamtarbeitsvertrages entsteht, hindert nicht daran, die daraus entstehenden Forderungen als Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis zu qualifizieren, denn Art. 219 Abs. 4 SchKG spricht nicht nur von einem Einzelarbeitsvertrag, sondern von einem Arbeitsvertrag schlechthin.

d) Analogie zur Privilegierung der
Abgangsentschädigung

Es handelt sich bei einer Forderung aus Sozialplan um eine Entlassungsentschädigung, die der Rechtsnatur nach mit einer freiwilligen Abgangsentschädigung vergleichbar ist. Aufgrund dieser Aehnlichkeit sollten sie zusammen auch in der gleichen Klasse privilegiert werden. Nach Art. 219 Abs. 4 VE-SchKG wäre dies neu die zweite Klasse anstatt wie bis anhin die erste.¹¹⁷ Analog den Abgangsentschädigungen werden die Ansprüche aus Sozialplan unabhängig einer Frist privilegiert.

Der Revisionsentwurf, der Sozialplanansprüche nicht separat erwähnt, sollte, um Missverständnissen vorzubeugen, noch in diesem Sinne ergänzt werden.

10. Arbeitnehmererfindungen

a) Diensterfindungen

Eine Diensterfindung nach Art. 332 Abs. 1 OR liegt vor, wenn der Arbeitnehmer sie bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit und in Erfüllung einer vertraglichen Pflicht macht. Die Rechte an dieser Erfindung entstehen, sofern nichts anderes verabredet ist, originär in der Person des Arbeitgebers und fallen bei dessen Konkurs als Aktivum in die Konkursmasse.¹¹⁸

¹¹⁷ Vgl. dazu o. § 10 8 c.

¹¹⁸ Für gewerbliche Muster und Modelle vgl. Art. 332a OR und Art. 27 VE-URG II: für Rechte an Werken, die in Erfüllung eines Vertrages geschaffen wurden wie Auftrag oder Arbeitsvertrag, wird der anderen Vertragspartei und nicht dem eigentlichen Schöpfer ein Nutzungsrecht eingeräumt.

b) Gelegenheitserfindungen

Von der Diensterfindung in Art. 332 Abs. 1 OR zu unterscheiden sind jene Erfindungen, die der Arbeitnehmer bei Ausübung dienstlicher Tätigkeit, nicht aber in Erfüllung vertraglicher Pflichten macht. Durch schriftliche Abrede kann der Arbeitgeber auch die Rechte an diesen Erfindungen erwerben. Er schuldet dafür eine angemessene Vergütung, Art. 332 Abs. 4 OR.¹¹⁹

Die Entschädigung für Erfindungen (nach Art. 343 aOR) ist schon bei Jaeger unter den privilegierten Forderungen aufgeführt und entspricht nach der revidierten Fassung von Art. 219 Abs. 4 SchKG einer Forderung aus dem Arbeitsverhältnis.¹²⁰

Hat sich der Arbeitgeber vor der Konkurseröffnung noch nicht entschieden, ob er die Erfindung erwerben oder freigeben will, befindet die Konkursverwaltung oder die Gläubigerversammlung darüber. Bei einer Uebernahme wird die Arbeitnehmererfindung Bestandteil des Massavermögens und die geschuldete Vergütung zur Massaschuld.¹²¹

11. Gegenleistung des Arbeitgebers als Ausgleich für ein Konkurrenzverbot, Art. 340a Abs. 2 OR

Die Entschädigung des Arbeitgebers für die Karenzzeit eines Konkurrenzverbotes kann bei einer Auflösung fällig werden. Das Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein erhebliches Interesse mehr hat, es aufrecht zu erhalten, ferner wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeit-

¹¹⁹ Botschaft zum Arbeitsvertrag, BBl. 1967 II 364 ff.

¹²⁰ Jaeger, Art. 219 SchKG N. 16.

¹²¹ Art. 211 Abs. 2 SchKG; zum Eintrittsrecht in die Verträge des Gemeinschuldners o. § 8 I 3c; zur Regelung in Deutschland vgl. Bartenbach/Volz, DB 1981, 1121.

nehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es dieser aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst, Art. 340c OR. Bei einem Wegfall des Konkurrenzverbotes wird auch eine Gegenleistung des Arbeitgebers hinfällig. Dies wäre bei einer Liquidation, nicht aber bei einer Weiterführung des Betriebes durch Dritte der Fall.

Eine allfällige Entschädigung für das Konkurrenzverbot ist als Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis in der ersten Klasse privilegiert.¹²²

III. LANGFRISTIGE ARBEITSVERTRÄGE

1. Problemstellung

Bei Arbeitsverträgen mit bestimmter Vertragsdauer (Art. 334 Abs. 1 OR) bemisst sich der Lohnanspruch bis zum Ablauf der Vertragsdauer. Bei einer gerechtfertigten Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach Art. 337 oder 337a OR in Verbindung mit Art. 337b Abs. 1 OR können die fällig werdenden Forderungen eine derart hohe Summe ausmachen, dass sowohl der Arbeitgeber als auch die Konkursmasse dadurch in eine hoffnungslose Ueberschuldung geraten. Diese Auswirkung wird um so bedenklicher, wenn der Arbeitnehmer schon bald nach der fristlosen Auflösung eine neue Arbeitsstelle gefunden hat und sein Gehalt vom Zeitpunkt des neuen Stellenantritts bis zum Ablauf des langfristigen Vertragsverhältnisses theoretisch doppelt beziehen kann zu Lasten eines notleidenden Arbeitgebers oder der ohnehin überschuldeten Konkursmasse. Dieses unbefriedigende Resultat ergibt sich aus der bereits

¹²² Botschaft zum Arbeitsgesetz, BBl. 1960 II 1011-1012; Dallèves/Amann 42.

behandelten Ungereimtheit zwischen Art. 337b Abs. 1 und Art. 324 Abs. 2 sowie Art. 337c Abs. 2 OR.¹²³

2. Missbrauchsmöglichkeit

Nicht nur auf der Seite des Arbeitnehmers, sondern auch auf derjenigen der Gegenpartei ergibt sich eine unbefriedigende Situation. Ein Arbeitgeber, der sich dieser Auswirkungen bewusst ist, kann bei Beginn der drohenden Zahlungsunfähigkeit und im Hinblick auf die unweigerliche Konkursöffnung mit den von ihm bevorzugten Arbeitnehmern in letzter Minute noch einen langfristigen Arbeitsvertrag, verbunden mit einer Lohnerhöhung, abschliessen, damit eine möglichst hohe Summe in der ersten Klasse privilegiert wird.¹²⁴ Ausserdem können leitende Angestellte und Direktoren in den meisten Fällen Gehalt und Anstellungsbedingungen selber bestimmen.¹²⁵

3. Lösungsvorschlag

Um die erwähnte Missbrauchsmöglichkeit zu vermeiden, könnte auch im Falle von Art. 337b OR aus dessen Absatz 2 bei Verträgen auf bestimmte Zeit ein Lohnanspruch nur für die Dauer der Arbeitslosigkeit berechnet werden.¹²⁶ Ein weitergehender Lohnanspruch würde bei Antritt einer neuen gleichwertigen

¹²³ Siehe o. § 3 I 2 mit Lösungsmöglichkeit.

¹²⁴ Art. 337c Abs. 1 OR.

¹²⁵ Ammann, SZS 1980, 226; Dallèves/Ammann 36; zum Problem der leitenden Angestellten und Direktoren o. § 9 II und III.

¹²⁶ Vgl. o. § 3 I 2 und zur Beschränkung der Gehaltshöhe o. § 9 IV.

Arbeitsstelle entfallen.

Der Richter kann aber die vermögensrechtlichen Folgen nach seinem Ermessen nur dann bestimmen, wenn der wichtige Grund zur Vertragsauflösung im vertragswidrigen Verhalten einer Vertragspartei liegt (Art. 337b OR). Für den Konkursfall bedeutet dies, dass dem Arbeitgeber kein Verschulden angerechnet werden darf. In jenen Fällen, in denen sich der Arbeitgeber vertragswidrig verhalten und den Konkurs selber verschuldet hat, könnte der Anspruch nicht durch den Richter herabgesetzt werden.

Diese Lösung erscheint zunächst gerecht, wenn lediglich das Verhältnis des langfristig gebundenen Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber betrachtet wird. Es ist aber nicht etwa nur der Arbeitgeber, der dadurch benachteiligt wird, sondern sämtliche übrigen Arbeitnehmer würden u.U. eine niedrigere Konkursdividende erhalten.

Aus dieser Ueberlegung resultiert die Frage, ob nicht anlässlich der Konkurseröffnung generell sämtliche langfristigen Vertragsverhältnisse nach den Bestimmungen einer ordentlichen Kündigung (Art. 336a-e OR) aufgelöst werden sollten. Befristete Arbeitsverträge, die nur von kurzer Dauer sind und noch vor dem fiktiven ordentlichen Kündigungstermin enden, werden davon nicht betroffen.

Da diese Umwandlung nur vorgenommen werden soll, um die übrigen Arbeitnehmer und nicht etwa den Arbeitgeber zu schützen, drängt sich ein Mittelweg auf, der den Interessen aus einem langfristigen Arbeitsverhältnis gerecht wird, ohne die übrigen Arbeitnehmer zu benachteiligen:

Die privilegierten Forderungen aus einem Arbeitsverhältnis mit bestimmter (langdauernder) Vertragszeit werden nach den Bestimmungen der ordentlichen Kündigungsfrist (Art. 336a-e OR) berechnet. Ein Mehranspruch bis zum Ablauf der Vertragsdauer wird in die fünfte Klasse verwiesen.

Im Rahmen der Revision des SchKG sollte bei der Abfassung des Art. 219 VE-SchKG ein Vorbehalt in oben erwähntem Sinne angebracht werden, der bezüglich Schadenersatzforderungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Konkurs des Arbeitgebers verhindert, dass Arbeitnehmer mit Verträgen von fester Dauer gegenüber jenen mit Verträgen von unbestimmter Dauer begünstigt werden.

IV. BERECHNUNG DER 6-MONATSFRIST

Nach Art. 219 Abs. 4 SchKG sind nur Forderungen privilegiert, die sechs Monate vor Konkurseröffnung fällig geworden sind.¹²⁷ Die Frist von sechs Monaten kann zu kurz sein, wenn der Schuldner Rechtsvorschlag erhebt und vorgängig ein Prozessverfahren durchgeführt werden muss. Für die Dauer des Betreibungs- und Prozessverfahrens wird die Frist grundsätzlich nicht verlängert.¹²⁸

1. Ausnahme bei der Nachlassstundung, Art. 297 SchKG

Für die privilegierten Lohnforderungen ist jedoch als Zeitpunkt der Fristberechnung der Tag der Bewilligung der Nachlassstundung bzw. Aussetzung des Konkurserkenntnisses nach Art. 173a SchKG massgebend.¹²⁹

a) Historischer Werdegang und Vergleich mit der Notstundung

Aus den Verordnungen über die Milderung der Zwangsvollstreckung vom 17. Oktober 1939 und vom 24. Januar 1941 ist die heute noch geltende Bestimmung, dass während der Dauer der Stundung für die in Art. 219 Abs. 4 SchKG genannten Lohnforderungen der ersten Klasse die Betreibung auf Pfändung zulässig sei, ins Gesetz übergegangen, Art. 297 Abs. 2 SchKG.¹³⁰

¹²⁷ Vgl. o. § 10 II 8 b.

¹²⁸ Siehe dazu die Regelung für Forderungen, die in der zweiten Klasse privilegiert sind, Art. 219 Abs. 4 SchKG. Ammann, SZS 1980, 218.

¹²⁹ Jaeger, Art. 306 SchKG N. 9 am Ende; BGE 76 I 282 ff.

¹³⁰ AS 55, 1211 und AS 57, 61.

Die Betreibung auf Pfändung auch für Schuldner, die der Konkursbetreibung unterliegen, ist zulässig für die in der ersten Klasse privilegierte Gläubigergruppe. Diese muss trotz Abschluss eines Nachlassvertrages vollumfänglich befriedigt werden, Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.

Bei einer Notstundung (Art. 317g Abs. 3 SchKG) wird die 6-Monatsfrist nicht rückwärts um deren Dauer verlängert, weil während der Notstundung Betreibungen gegen den Schuldner angehoben und bis zur Pfändung oder Konkursandrohung fortgesetzt werden könnten.¹³¹ Die Zulässigkeit dieser Betreibungshandlung resultiert vielmehr aus der Ueberlegung, dass ein Betrieb nicht auf Kosten der Arbeitnehmer gestützt und durchgehalten werden soll. Ueberdies ist der Arbeitnehmer auf eine sofortige Lohnzahlung angewiesen.¹³² Die frühere Rechtsprechung zu Art. 297 SchKG in der Fassung vom 11. April 1889 begründete die Fristverlängerung bei der Nachlassstundung gerade damit, dass die Gläubiger keine Betreibungen anheben konnten. Sie hätten unweigerlich ihr Privileg verlieren müssen.¹³³

Mit der Einführung von Art. 297 Abs. 2 SchKG scheint nun diese Argumentation überholt. Das Bundesgericht hat aber entschieden, dass den Lohngläubigern das Recht, auf Pfändung zu betreiben, keineswegs zu dem Zwecke eingeräumt worden sei, ihnen die Wahrung des Privilegs nur durch Stellung eines Pfändungsbegehrens zu ermöglichen. Die neue Vorschrift könne nur den Zweck verfolgen, die Rechtsverwirklichung zu erleichtern, um die Lohngläubiger

¹³¹ BGE 49 III 259.

¹³² Fritzsche Bd. II § 72, S. 316.

¹³³ Jaeger, Art. 297 SchKG in der Fassung vom 11. April 1889, BGE 49 III 255 ff.

nicht darben zu lassen. Eine Analogie zur Fristberechnung der Notstundung wurde entschieden abgelehnt.¹³⁴ Es soll jedem einzelnen freistehen, ob er vom Betreibungsrecht während der Nachlassstundung Gebrauch machen will oder nicht, ohne sich einem Verlust des Privileges auszusetzen.

b) Zusammenfassung und Ergebnis

Die Bestimmung für die Lohngläubiger in Art. 297 Abs. 2 und Art. 317g Abs. 1 und Abs. 2 SchKG sind dem Wortlaut nach beinahe identisch. Nur durch eine historische Betrachtungsweise und durch Verfolgung der Rechtsprechung, insbesondere BGE 49 III 255 und 76 I 282, lässt sich die unterschiedliche Handhabung der 6-Monatsfrist bei der Nachlassstundung und bei der Notstundung erklären.

2. Konkursaufschub bei der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Genossenschaft¹³⁵

Folge eines Konkursaufschubes ist das Eintreten des Rechtsstillstandes.¹³⁶ In Analogie zum Nachlassvertragsrecht bewirkt das Aufschubdekret während der Dauer des Aufschubes die Hemmung der Verjährungs- und Verwirkungsfrist.¹³⁷ Weil für die Fristberechnung nun das Datum der Aufschubbewilligung massgebend ist, werden die sechs Monate von diesem Stichtag an zurückgerechnet.¹³⁸

Jaeger/Daeniker unterscheiden aber je nachdem, ob das

¹³⁴ BGE 76 I 285 f.

¹³⁵ Art. 725 Abs. 4, Art. 817 und Art. 903 Abs. 5 OR.

¹³⁶ Art. 56 und 297 SchKG. Vgl. Jaeger, Art. 192 SchKG N. 2.

¹³⁷ Bürgi, Art. 725 OR N. 25.

¹³⁸ Bürgi, Art. 725 OR N. 26.

Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Aufschubbewilligung aufgelöst wird oder nicht.¹³⁹ Sollte es zu diesem Zeitpunkt aufgelöst werden, sei das Datum der Aufschubbewilligung massgebend, andernfalls das Datum der Konkursöffnung. Dieser Unterscheidung kann aber nicht beige-pflichtet werden. Dadurch würden gerade jene Arbeitnehmer benachteiligt, die trotz Insolvenz und trotz ausstehenden Lohnforderungen das Arbeitsverhältnis nicht auflösen, sondern mit dem Arbeitgeber auch in Krisenzeiten verbunden bleiben.¹⁴⁰

3. Vorentwurf der Expertenkommission

Art. 219 Abs. 4 VE-SchKG bestimmt neu, dass bei der Fristberechnung für die in der ersten Klasse privilegierten Forderungen die Dauer einer vorausgegangenen Nachlassstundung, eines Konkursaufschubes gemäss den Art. 725, 817 und 903 OR oder eines Prozesses über die Forderung nicht in Berechnung fällt.¹⁴¹

4. Revisionsvorschlag

Der Sinn einer 6-Monatsfrist sollte anlässlich der Revision des Art. 219 SchKG noch einmal überdacht werden.

139 Jaeger/Daeniker, Art. 192 SchKG N. 2 Abs. 8.

140 Vgl. auch BGE 104 III 20: Betreibungsbegehren können bei einem Aufschub der Konkurseröffnung wohl entgegengenommen, aber es darf ihnen nicht stattgegeben werden, solange der Konkurs aufgeschoben ist.

141 In diesem Sinne bereits Motion von Nationalrat Jelmini vom 19. Januar 1978 betreffend Arbeitnehmerforderungen, in SJZ 1978, 197.

Das einzige (nicht stichhaltige) Argument, das für eine Beibehaltung der Frist sprechen würde, ist, dass Arbeitnehmer scheinbar gezwungen werden, ihre Forderungen innerhalb einer Frist geltend zu machen und ihren Arbeitgeber in Konkurs zu bringen. Der Fall, dass ein Konkurs durch Arbeitnehmer eingeleitet wird, ist in der Praxis allerdings sehr selten. Eher warten die Arbeitnehmer länger als sechs Monate zu, aus Furcht, bei einer Betreuung ihre Stelle noch ganz zu verlieren.

Kritische Stimmen¹⁴² haben bereits eine Ausdehnung der Frist auf zwölf Monate gefordert. M. E. besteht aber auch dazu keine Veranlassung. Deshalb sollte von einer Frist überhaupt ganz abgesehen und Arbeitnehmerforderungen unabhängig von ihrer Fälligkeit in der ersten Klasse privilegiert werden.

¹⁴² Dallèves/Ammann 26; Schmid 356; a.M. Ammann 218: "Da aber nur selten mehr als 6 Monate zurückliegende Forderungen ungedeckt bleiben, scheint diese Aenderung keine bedeutende Verbesserung zu bringen. Ist ein Zuwarten mit der Betreibung seines Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer von wenigen Monaten noch verständlich ..., so darf doch vom Arbeitnehmer verlangt werden, dass er bei Ausbleiben von Zahlungen von mehr als 6 Monaten die Betreibung des Arbeitgebers veranlasst." M. E. trifft diese Begründung höchstens für Arbeitsverhältnisse zu, die anlässlich der Konkurseröffnung aufgelöst wurden, nicht aber für jene, die bereits seit einer geraumen Zeit aufgelöst sind, und die Arbeitnehmer den Lohn überhaupt noch nicht, oder nicht vollumfänglich erhalten haben.

§ 11 VERLUSTSCHEIN TROTZ PRIVILEGIERUNG

Bei einem Konkurs ist der Arbeitnehmer trotz Privilegierung in der ersten Klasse gegenüber den pfandversicherten Forderungen benachteiligt, und zwar in zweifacher Hinsicht:

I. VORABBEFRIEDIGUNG PFANDVERSICHERTER FORDERUNGEN,

Art. 219 Abs. 1 SchKG

Die pfandversicherten Forderungen gehen den nicht gesicherten vor, Art. 219 Abs. 1 SchKG. Sie werden aus dem Ergebnis der Verwertung der Pfänder vorweg bezahlt.

II. MASSEKOSTEN

Sämtliche aus der Eröffnung und Durchführung des Konkurses erwachsenen Kosten und die übernommenen Schulden (Massekosten) werden vorab gedeckt zu Lasten der übrigen Forderungen, Art. 262 Abs. 1 SchKG. Auf den Erlös von Pfandgegenständen werden hingegen nur die Kosten ihrer Verwaltung und Verwertung verlegt, Art. 262 Abs. 2 SchKG.¹⁴³

III. REVISIONSMOEGLICHKEITEN

Wenn das Vermögen des Gemeinschuldners die ausstehenden Schulden nicht zu decken vermag, ergibt sich eine gerechte Lösung erst, wenn nicht mehr gefragt wird, wie das noch vorhandene Vermögen, sondern wie der entstandene Verlust verteilt werden soll.

¹⁴³ Zur Problematik vgl. Postulat Muret vom 25. Juni 1976: Lohnzahlungen bei Konkurs, vor allem die Antwort von Furgler in StenBull. NR 1976, 961-964.

1. Absoluter Vorrang der privilegierten Forderungen

Bereits Muret forderte 1976 in seinem Postulat eine Aenderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, vor allem der Artikel 144 ff., 208 ff. und 219 und verlangte, dass Forderungen der Arbeitnehmer den absoluten Vorrang vor allen anderen Forderungen, einschliesslich der pfandversicherten, geniessen sollten.¹⁴⁴ Unbestritten ist, dass zwischen den Forderungen der Arbeitnehmer und den pfandversicherten Bankkrediten, die zwar von Gesetzes wegen vorgehen (Art. 219 Abs. 1 SchKG), eine Interessenabwägung getroffen werden muss.¹⁴⁵ Ammann lehnt eine absolute Vorrangstellung der Arbeitnehmerforderungen ab, denn ihre Realisierung dürfte den Kreditmarkt erheblich stören und die Kredite verteuern. Eine solche Kreditverteuerung würde hauptsächlich die gefährdeten Unternehmen und nicht zuletzt die Arbeitnehmer treffen.¹⁴⁶ Die Frage, ob zuerst die Grundpfandversicherten Bankkredite oder die Arbeitnehmerforderungen zu befriedigen sind, sollte aber zugunsten der sozial Schwächeren ausfallen oder wenigstens in einen Kompromiss, einer Gleichstellung der beiden Forderungsarten, münden.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Lohnzahlungen bei Konkurs, Postulat vom 25. Juni 1976, in StenBull. NR 1976, 961 ff.

¹⁴⁵ Antwort von Bundesrat Furgler zum Postulat Muret, 963: "Das Institut des Grundpfandes hat in unserer Wirtschaft eine tragende Funktion inne. Ich meine, dass ein Unternehmer - auch mit Blick auf seine Arbeitnehmer - Kredite in einer bestimmten Höhe von einem Bankinstitut erwirbt, die durchaus auch im Interesse der Arbeitnehmer aufgenommen werden (Liquiditätsprobleme und anderes mehr), für die aber der Geldgeber nur dann zu haben ist, wenn er eine Grundpfandversicherte Situation erhält."

¹⁴⁶ Ammann, SZS 1980, 219.

¹⁴⁷ Antwort von Muret zur Antwort von Furgler ebd. 963-964: "C'est un sentiment normal et répandu dans toute la classe ouvrière, que la première dette qui doit être payée dans une faillite, c'est bien le salaire du travailleur, c'est-à-dire le gagnepain du travailleur qui n'a pas accompli ses prestations au sein de l'entreprise dans un but de lucre ou dans un but de profit ... Il y a là un élément d'équité, je dirais de morale."

2. Gleichstellung der Arbeitnehmerforderungen mit den Massaschulden

Da die Massaschulden gemäss Art. 262 Abs. 2 SchKG vor den nicht pfandversicherten Forderungen ausbezahlt werden, ist eine Gleichstellung zu erwägen. Abgesehen davon, dass diese Regelung dogmatisch äusserst inkonsequent wäre, zumal Forderungen, die vor Konkurseröffnung entstanden sind, zu Massaschulden werden sollen, liegt der Nachteil darin, dass die Pfandgläubiger trotzdem vorab befriedigt würden. Falls keine anderen Vermögenswerte mehr vorhanden sind, würde der Arbeitnehmer trotz Gleichstellung vor einer leeren Konkursmasse stehen.¹⁴⁸

Ausserdem müsste bei nur teilweiser Befriedigung innerhalb der Massaschulden eine neue Privilegienordnung festgelegt werden.¹⁴⁹

Der einzige Vorteil liegt darin, dass die Arbeitnehmerforderungen, wenn sie bezahlt werden können, speditiv ausbezahlt würden.

3. Prozentualer Beitrag an die Konkursmasse

Eine Lösung, die den Arbeitnehmerforderungen eine absolute Vorrangstellung einräumen will, dürfte schwer durchzusetzen sein, und eine Gleichstellung mit den Massaschulden würde für den Arbeitnehmer keine wesentliche Besserstellung

¹⁴⁸ Schmid, SJZ 1978, 356-357, der als Folge dieser Aenderung ausführt, dass in noch weniger Fällen ein ordentliches Konkursverfahren eingeleitet werden könnte und trotzdem kein grösserer Deckungsgrad zu erwarten wäre.

¹⁴⁹ Hanisch, BJM 1977, 170 f., der in diesem Zusammenhang von einem Bankrott des deutschen Insolvenzwesens spricht; Heilmann, NJW 1975, 1758 und BB 1976, 765 ff.

bringen. Es gilt nun, einen Kompromiss zu finden, der sowohl den Interessen der Arbeitnehmer als auch denjenigen der Pfandgläubiger gerecht wird. Dieser könnte gefunden werden, indem Letztere generell einen gewissen Prozentsatz des Pfandverwertungserlöses an die Konkursmasse abliefern;¹⁵⁰ haben sie doch durch ihre lange Kreditierung mitverschuldet, dass andere Gläubiger zu Verlust kommen.

Bei einer leeren Konkursmasse könnten die Gläubiger, die ihre Kredite nicht gesichert haben, doch noch teilweise befriedigt werden. Eine allfällige Restforderung der Pfandgläubiger wird in die letzte Klasse verwiesen.

Auf diese Weise könnte eine annähernd gerechte Lösung gefunden werden, ohne dass das Institut des Pfandrechts illusorisch wird. Die Pfandgläubiger könnten ihrerseits bei der Kreditgewährung diesen Prozentsatz einkalkulieren und eher eine Ueberdeckung des Kredites verlangen. Dies würde zu einer etwas vorsichtigeren Kreditpraxis führen. Ein hoffnungslos überschuldetes Unternehmen hätte Mühe, einen weiteren Kredit zu bekommen, der einen Konkurs nur noch hinauszögern würde, und die Verluste könnten eher gering gehalten werden.

§ 12 KONKURSDAUER

I. LANGDAUERNDDES VERFAHREN

Selbst wenn Aktiven vorhanden sind und ein ordentliches Konkursverfahren durchgeführt werden kann, dauert es Monate oder sogar Jahre, bis die oft schwer realisierbaren Aktiven verwertet und die Arbeitnehmerforderungen ganz oder wenigstens teilweise beglichen werden können.

¹⁵⁰ Ca. 10 bis 20 %.

II. LOHNZAHLUNG ALS EXISTENZGRUNDLAGE

Die regelmässigen Lohn- und Gehaltszahlungen des Arbeitgebers bilden für den Arbeitnehmer und seine Familie die Existenzgrundlage, auf die er allmonatlich angewiesen ist, um seinerseits die monatlichen Verpflichtungen (Wohnungsmiete, Lebensunterhalt) zu erfüllen. Eine Lohnzahlung, die erst Monate oder Jahre später erfolgt, verfehlt ihren eigentlichen Zweck.¹⁵¹

III. DE LEGE FERENDA: LOHNFORDERUNGEN ALS UNSTREITIGE ANSPRUECHE, DIE SOGLEICH BEFRIEDIGT WERDEN KOENNTEN

Bei den Lohnforderungen handelt es sich in der Regel um unstreitige Ansprüche. Es drängt sich die Frage auf, ob diese nicht sogleich ganz oder teilweise, je nach dem Vorhandensein von Aktiven, beglichen werden sollten. Dabei müsste nur das monatliche Gehalt als Existenzgrundlage betrachtet und zuerst ausbezahlt werden. Weitere Ansprüche wie Ferienentschädigung, Schadenersatz, Abgangsentschädigung und Ansprüche aus Sozialplan bilden nicht eine unmittelbare Existenzgrundlage. Diese könnten mit den übrigen Forderungen in den Kollokationsplan aufgenommen und beglichen werden.

Andere Gläubiger würden durch diese Lösung nicht benachteiligt, weil Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis nach Art. 219 Abs. 4 SchKG in der ersten Klasse privilegiert sind und doch als erstes befriedigt werden.

¹⁵¹ Dallèves/Ammann 29: Hinweis auch auf die Lösung in Frankreich, wonach Lohnforderungen ein "Superprivileg" geniessen und innert kürzester Frist ausbezahlt werden müssen.

Dem Bedürfnis einer speditiven Auszahlung kommt eine allfällige Insolvenzenschädigung in dem Sinne nach, dass fällige Lohnforderungen bis zu drei Monaten vor Konkursöffnung ¹⁵² sogleich bei Geltendmachung ausbezahlt werden.

§ 13 BETRIEBSUEBERNAHME DURCH DRITTE

Nach Art. 333 Abs. 1 OR kann bei einer Betriebsübernahme das Arbeitsverhältnis auf den neuen Arbeitgeber übergehen. Falls der Arbeitnehmer einen Uebergang ablehnt, wird das Arbeitsverhältnis auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist hin aufgelöst.¹⁵³ Wesentlich für den Konkursfall des Arbeitgebers bleibt seine Solidarhaftung für jene Forderungen, die vor dem Uebergang fällig geworden sind. Bei Art. 333 Abs. 3 OR handelt es sich um eine relativ zwingende Vorschrift (Art. 362 OR). Art. 333 Abs. 1 und 2 OR hingegen unterliegen der Vertragsfreiheit. Diese ist aber oft eine einseitige, denn bei der Uebernahme eines notleidenden Betriebes ist es in der Regel der Erwerber, der die Vertragsbedingungen festsetzt. Der einzelne Arbeitnehmer sieht sich lediglich vor die Wahl gestellt, das Arbeitsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber in der ihm oktroyierten Art und Weise fortzusetzen oder seinen Arbeitsplatz aufgeben zu müssen.¹⁵⁴

In diesem Zusammenhang sei noch einmal erwähnt, dass häufig Arbeitsverhältnisse leitender Angestellter von einer Uebernahme ausgeschlossen werden.¹⁵⁵

¹⁵² Art. 51 E-ALVG.

¹⁵³ Art. 333 Abs. 2 OR.

¹⁵⁴ Bieler, BB 1981, 435-439.

¹⁵⁵ Bieler, BB 1981, 439; Knus 54: Ein Vertrauensverhältnis als wesentlicher Bestandteil des Arbeitsvertrages mit leitenden Angestellten müsse zwischen Personen vorhanden sein und könne nicht ohne weiteres durch einen Vertrag entstehen oder mit einem solchen übertragen werden.

Die in Art. 333 Abs. 3 OR statuierte Bestimmung vermag aber nur dann dem Arbeitnehmer die Wirkung einer echten Solidarschuldnerschaft nach Art. 143 ff. OR zu vermitteln, wenn beide, sowohl der bisherige als auch der neue Arbeitgeber solvent sind, nicht aber, wenn dem Arbeitnehmer eine zahlungsunfähige und überschuldete Partei gegenübersteht.

§ 14 ARBEITNEHMERFORDERUNGEN IM NACHLASSVERFAHREN

I. BEDEUTUNG UND STATISTISCHER UEBERBLICK ¹⁵⁶

Im Vergleich zu den Konkursöffnungen ist die Zahl der gerichtlich bestätigten Nachlassverträge relativ klein. Aus diesem Grund und nicht zuletzt auch deshalb, weil die Arbeitnehmerforderungen von einem Nachlassverfahren nicht wesentlich betroffen werden sollten, wird in dieser Arbeit nur summarisch darauf eingegangen.

Jahr	<u>Gerichtlich bestätigte Nachlassverträge</u>		
	Total	Prozent- vergleich	Vermögens- abtretung
1969	143	101	35
1970	152	110	39
1971	163	93	64
1972	133	85	39
1973	91	62	24
1974	90	49	32
1975	164	59	83
1976	162	75	79
1977	172	84	81
1978	121	60	51
1979	118	66	42

¹⁵⁶ Statistisches Jahrbuch der Schweiz, 1980, 533; 1977, 537.

II. DER AUSSERGERICHTLICHE NACHLASSVERTRAG

Charakteristisch bei einem aussergerichtlichen Nachlassvertrag ist, dass keinerlei Behörde tätig wird. Es handelt sich um einen privatrechtlichen Vertrag. Mangels gesetzlicher Bestimmungen kommen die allgemeinen Vertragsregeln, insbesondere Art. 115 OR über den Erlass, zur Anwendung.¹⁵⁷

Nach Art. 341 Abs. 1 OR kann aber der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung nicht auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, rechtsgültig verzichten. Diese Bestimmung kommt nur bei einem einseitigen, nicht dagegen bei einem beidseitigen Verzicht zur Anwendung.¹⁵⁸

Denkbar wäre etwa das Zusammentreffen eines aussergerichtlichen Nachlassvertrages mit einer vorübergehenden Unterbrechung oder Reduktion der Arbeit mit entsprechender Lohneinbusse (Kurzarbeit).¹⁵⁹

¹⁵⁷ Fritzsche Bd. II § 70, S. 303 ff.

¹⁵⁸ Brühwiler, Art. 341 OR N. 1 und 3; Schweingruber, Art. 341 OR N. 2.

¹⁵⁹ Brühwiler, Art. 324 OR N. 3c: die Vereinbarung von Kurzarbeit stellt eine Aenderung des Arbeitsvertrages dar und steht nicht im Widerspruch zum einseitig zwingenden Charakter von Art. 324 Abs. 1 OR und ist auch formlos gültig; Heuss-Lüdin 98-106; zum Verhältnis Kurzarbeit/Arbeitslosenversicherung vgl. Art. 26 ALVG, Art 6 und 23 der Verordnung über die Arbeitslosenversicherung (SR 837.11) und vor allem Art. 30-40 E-ALVG, BBl.1980 III 591-601 und 660-663.

III. DER GERICHTLICH BESTÄTIGTE NACHLASSVERTRAG

Die Arbeitnehmerforderungen sind bei einem gerichtlich bestätigten Nachlassvertrag im allgemeinen nicht gefährdet.¹⁶⁰

1. Ordentlicher Nachlassvertrag (Prozentvergleich), Art. 293-316 SchKG

Bei einem Nachlassvertrag mit Prozentvergleich werden dem Schuldner in der Regel von dritter Seite Mittel zur Verfügung gestellt, dank denen den Gläubigern eine höhere Quote ihrer Forderung angeboten werden kann, als für sie voraussichtlich im Konkurs erhältlich wäre.¹⁶¹ Die Bestätigung des Nachlassvertrages ist aber an die Bedingung geknüpft, dass die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger hinlänglich sichergestellt sein muss - es sei denn: sie verzichten ausdrücklich darauf, Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.¹⁶² Jeder privilegierte Gläubiger hat mithin vor der Bestätigung Anspruch auf volle Sicherstellung.¹⁶³ Sollte er trotzdem einen Verlust erleiden, steht ihm das Recht zu, den Nachlassvertrag zu widerrufen und eine Konkurseröffnung zu verlangen, Art. 315 SchKG.

Des weitern können Lohngläubiger nach Art. 297 Abs. 2 SchKG ihre Forderungen jederzeit und unabhängig vom Nachlassverfahren durch Betreibung auf Pfändung geltend machen. Auch ein der Konkursbetreibung unterliegender Arbeitgeber

¹⁶⁰ Ammann, SZS 1980, 224.

¹⁶¹ Fritzsche Bd. II § 71, S. 307.

¹⁶² Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 VE-SchKG verlangt überdies noch eine Sicherstellung der während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten.

¹⁶³ Jaeger, Art. 306 SchKG N. 10 mit Kritik der praktischen Handhabung von Sicherstellungen.

kann in diesem Falle nur auf Pfändung betrieben werden. Die gepfändeten Gegenstände können auch nach Bestätigung des Nachlassvertrages, und zwar sowohl beim gewöhnlichen als auch bei einem solchen mit Vermögensabtretung verwertet werden.¹⁶⁴

2. Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung
(Liquidationsvergleich),¹⁶⁵
Art. 316a-316t SchKG

Ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, auch Liquidationsvergleich genannt, besteht darin, dass der Schuldner das Verfügungsrecht über sein der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögen oder einen bestimmten Teil desselben den Gläubigern überlässt. Diese führen die Verwertung und Verteilung in der Art eines Konkursverfahrens selbständig durch.¹⁶⁶

So weit in den Art. 316a bis 316t SchKG keine abweichende Regelung getroffen ist oder Abweichungen sich nicht aus der besonderen Natur des Verfahrens ergeben, finden die allgemeinen Bestimmungen des Nachlassvertragsrechts Anwendung, Art. 316t SchKG.¹⁶⁷

Die Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung setzt ebenfalls voraus, dass die privilegierten Forderungen sichergestellt sind.¹⁶⁸

Wie bei sämtlichen Nachlassverträgen haben die Arbeitnehmer auch hier die Möglichkeit, jederzeit eine Betreuung

¹⁶⁴ BGE 83 III 117 E. 1.

¹⁶⁵ Neu Art. 317-331 VE-SchKG.

¹⁶⁶ Fritzsche Bd. II § 71, S. 307.

¹⁶⁷ Fritzsche Bd. II § 77, S. 347.

¹⁶⁸ Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG; Dallèves/Ammann 34; Ludwig 7.

auf Pfändung einzuleiten und fortzusetzen (BGE 83 III 116 f.). Die in Art. 297 Abs. 2 SchKG genannten Forderungen fallen auch nicht unter den Nachlassvertrag (Art. 316a Abs. 2 SchKG), gleichgültig ob sie nach Art. 300 SchKG angemeldet wurden oder nicht.¹⁶⁹

3. Fristberechnung

a) 6-Monatsfrist, Art. 219 Abs. 4 SchKG

Die 6-Monatsfrist wird vom Tag der Bewilligung der Nachlassstundung an rückwärts berechnet.¹⁷⁰

b) 20-tägige Frist, Art. 300 Abs. 1 SchKG

Arbeitnehmer, die ihre Forderungen nicht rechtzeitig innert 20 Tagen anmelden, verlieren ihr Privileg nicht. Eine verspätete Anmeldung zieht lediglich die in Art. 215 SchKG für den Fall der Verspätung einer Konkurseingabe vorgesehenen Folgen mit sich. Das Bundesgericht hat die frühere Kontroverse um die Wirkungen dieser 20-tägigen Frist bereinigt und sich dem Argument von Ludwig in dem Sinne angeschlossen, dass es doch stossend wäre, wenn die privilegierten Gläubiger im Liquidationsvergleich schlechter gestellt wären als im Konkurs, wo sie ihre Forderungen ohne Verlust des Privileges noch bis zum Schlusse des Verfahrens anmelden können.¹⁷¹

¹⁶⁹ Dallèves/Ammann 34; Ludwig 43; Fritzsche Bd. II § 74, S. 330 und insbesondere BGE 83 III 118: "Les art. 316a à 316s LP ne prévoient nullement que l'art. 297 al. 2 ne serait pas applicable dans le cas du concordat par abandon d'actif et aucune dérogation à cette disposition ne résulte de la nature particulière de la procédure."

¹⁷⁰ Ausführlich o. § 10 IV.

¹⁷¹ Ludwig 89-90; BGE 97 III 83 f. und 88.

4. Der Nachlassvertrag im Konkurs, Art. 317 SchKG

Auch noch im Konkursverfahren besteht für den Schuldner die Möglichkeit, einen Nachlassvertrag abzuschliessen,¹⁷² dessen Inhalt mit den bereits geschilderten Arten weitgehend übereinstimmt. Ein Nachlassvertrag kann, solange die Schlussverteilung noch nicht vorgenommen worden ist, jederzeit abgeschlossen werden und das noch nach vollständiger Verwertung der Aktiven und nach Abhaltung der zweiten Gläubigerversammlung.¹⁷³

Selbst nach durchgeführter Schuldbetreibung kann der Schuldner mit jenen Gläubigern, die einen Verlustschein erhalten haben, im Sinne einer Rehabilitation einen aussergerichtlichen Nachlassvertrag abschliessen.¹⁷⁴

Die Forderungen der Arbeitnehmer werden aber auch in diesem Stadium so wenig betroffen wie bei einem Nachlassvertrag vor Konkurseröffnung. Nach Art. 317 Abs. 2 SchKG finden die Bestimmungen von Art. 302 bis 307 SchKG und Art. 310 bis 316 SchKG entsprechende Anwendung. Art. 297 Abs. 2 SchKG entfällt, weil der Konkurs bereits eröffnet ist und die Forderungen im Konkursverfahren geltend gemacht werden können.

¹⁷² Fritzsche Bd. II § 78, S. 363; Jaeger, Art. 317 SchKG N. 1.

¹⁷³ Jaeger, Art. 317 SchKG N. 2.

¹⁷⁴ Blumenstein, 898 FN. 2.

3 . Kapitel

BUNDESGESETZ UEBER DIE
OBLIGATORISCHE ARBEITSLOSENVERSICHERUNG
UND DIE INSOLVENZENTSCHAEDIGUNG

§ 15 GRUNDLAGE UND ENTSTEHUNGI. NOTWENDIGKEIT

Aufgrund der dargestellten unbefriedigenden Situation im Konkurs des Arbeitgebers drängt sich für den Arbeitnehmer als sozial schwächere und vorleistungspflichtige Partei eine Lösung ausserhalb des Zwangsvollstreckungsrechts auf. Es sollte ihm dadurch wenigstens sein Existenzbedarf garantiert werden.

II. VERFASSUNGSGRUNDLAGE

Von der Thematik her erscheint eine Angliederung des Insolvenzrisikos an die Arbeitslosenversicherung am zweckmässigsten. Der Lohnausfall mit anschliessender Arbeitslosigkeit wird in einen einheitlichen Zusammenhang gestellt. Dies ermöglicht eine optimale Koordination.¹

Eine ausreichende Kompetenzgrundlage stellt Art. 34^{ter} BV dar, wonach der Bund befugt ist, "Vorschriften aufzustellen über den Schutz der Arbeitnehmer."² Verfassungsgrundlage zu einem neuen Bundesgesetz über die obligato-

¹ Schmid, SJZ 1978, 358.

² Botschaft zum E-ALVG, BBl. 1980 III 535, 609.

rische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzen-
schädigung bildet hingegen Art. 34^{novies} BV.³

III. PARLAMENTARISCHE VORSTOESSE

Bedingt durch die Rezession sind einige parlamentarische Vorstösse unternommen worden. Sie hatten alle das gemeinsame Ziel: den Arbeitnehmer vor Lohneinbussen im Konkurs des Arbeitgebers zu schützen.

1. Motion Hubacher: Konkursausfallgeld vom 18.0.1974

Inhalt der Motion Hubacher ist die Gewährleistung der Lohn- und Gehaltsansprüche für einige Zeit vor und nach dem Konkurs. Die Arbeitsämter würden zu Auszahlstellen des durch Arbeitgeberbeiträge finanzierten Konkursausfallgeldes. Die Motion wurde in ein Postulat umgewandelt und vom Bundesrat entgegengenommen.⁴

2. Postulat Muret: Lohnzahlungen bei Konkurs vom 25.0.1970

Muret forderte einen Entwurf zur Aenderung des SchKG, vor allem der Art. 144 ff., 208 ff. und 219. Die Arbeitnehmerforderungen sollten im Konkursfall den absoluten Vorrang vor allen anderen, einschliesslich der pfandversicherten, geniessen.⁵

3 Botschaft zu Art. 34^{novies} BV, BBl. 1975 II 1557 ff., vor allem die Ziffern 221.2, 222.2, 222.4 und 223.2; Botschaft zum E-ALVG, BBl. 1980 III 491 ff. und 507 f.

4 Motion 12.090 und die Antwort von Furgler, StenBull.NR 1975, 1492 ff.

5 Postulat 76.417 und die Antwort von Furgler, StenBull.NR 1976, 963 ff.

3. Motion Canonica: Lohnrisikogarantie vom 8.6.1977

Canonica verlangt in seiner Motion, dass Lohnzahlungen garantiert werden, und zwar im Rahmen der Sozialversicherung und allenfalls durch Schaffung eines Fonds, der durch Arbeitgeberbeiträge geäufnet würde.⁶

IV. EG-RICHTLINIE

Die Europäischen Gemeinschaften schlagen eine Richtlinie vor zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. Es handelt sich dabei um Minimalbedingungen. Die Mitgliedstaaten können für die Arbeitnehmer günstigere Rechts- und Verwaltungsvorschriften erlassen (Art. 8).

Die Richtlinie des Rates entspricht in wesentlichen Teilen dem Vorschlag der Kommission und der Stellungnahme des Parlamentes. Besondere Probleme stellen sich allerdings bei der Frage der zeitlichen Begrenzung der Zahlungspflicht und der Finanzierung.

Obwohl die Schweiz nicht Mitgliedstaat der EG ist, wird die Richtlinie nachstehend kurz behandelt. Unter dem Aspekt einer Rechtsangleichung und in Anbetracht wirtschaftlicher Verflechtungen ist diese Richtlinie auch für die Schweiz wegweisend. Sie wird im Rahmen der kommenden Insolvenzent-schädigung grösstenteils verwirklicht.

⁶ Motion 77.372 vgl. SJZ 1977, 295. Weitere Vorstösse: kleine Anfrage Gloor vom 7.3.1977, 77.602; Motion Morel vom 13.12.1977, 77.507; Motion Jelmini vom 19.1.1978, 78.314; kleine Anfrage Jelmini vom 9.3.1978, 78.651.

1. Vorschlag der Kommission (vorbereitende Rechtsakte) ^{7a}

Die Kommission hat am 13. April 1978 dem Rat den "Vorschlag einer Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers" vorgelegt.

Nach Art. 3 sollen die Mitgliedstaaten Einrichtungen schaffen zur Befriedigung nicht erfüllter Ansprüche der Arbeitnehmer, die vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers entstanden sind. Die Ansprüche des Arbeitnehmers umfassen das Arbeitsentgelt oder die Bezüge aus dem Ausbildungsverhältnis, die auf höchstens 3 Monate begrenzt werden dürfen. ^{7b}

Das Vermögen der Einrichtung muss unabhängig vom Vermögen des Arbeitgebers angelegt sein und darf von einem Insolvenzverfahren nicht berührt werden (Art. 5 lit. a).

Ursprünglich sah die Kommission lediglich vor, dass die Arbeitnehmer zur Mittelaufbringung nicht allein herangezogen werden dürfen. Art. 5 lit. b des Vorschlages wurde dahingehend abgeändert, dass die Arbeitgeber zur Finanzierung beitragen müssen. Die öffentliche Hand und gegebenenfalls die Arbeitnehmer können hieran beteiligt werden. ^{7d}

Der Arbeitnehmer kann die fälligen Forderungen, nachdem er sie belegt hat, innerhalb von 6 Monaten geltend machen, (Art. 5 lit. c). Die Auszahlung erfolgt unabhängig davon, ob der Arbeitgeber seine Verpflichtungen gegenüber dieser Einrichtung erfüllt hat oder nicht (Art. 5 lit. d).

7a ABl. Nr. C 135 vom 9.6.1978, S. 2 ff.

7b Art. 3 und Art. 4.

7c ABl. Nr. C 135 vom 9.6.1978, S. 3.

7d ABl. Nr. C 125 vom 18.5.1979, S. 7. Der deutsche Wortlaut von Art. 5 lit. b ist falsch. Es ist von "Arbeiter" die Rede statt von "Arbeitgeber". Heranzuziehen ist die französische Version, die eindeutig von "employeur" spricht, Dallèves, Ammann 56.

2. Stellungnahme des Europäischen Parlamentes⁸

Das Europäische Parlament erachtet den Richtlinienvorschlag als einen wichtigen Schritt auf dem Wege zu einem besseren Schutz des Arbeitnehmers bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers (Punkt 1). Bedauert wird hingegen, dass sich die Kommission für Mindestbedingungen als Grundlage der Angleichung entschieden hat. Gemäss Art. 117 des EWG-Vertrages sei es eindeutig Aufgabe der Gemeinschaft, die Angleichung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte "auf dem Wege des Fortschritts" anzustreben (Punkt 4).

Unvertretbar sei aber, dass die Ansprüche des Arbeitnehmers auf Forderungen beschränkt werden, die vor der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers entstanden sind. Sämtliche Ansprüche der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber sollten eingeschlossen werden (Punkt 5).

Die Mitgliedstaaten dürfen die Verpflichtung zur Zahlung grundsätzlich begrenzen: die Minimaldauer beträgt aber nicht mehr nur drei, sondern sechs Monate (Art. 4).

Die erforderlichen Beiträge sind allein vom Arbeitgeber zu entrichten (Art. 5). Der Arbeitnehmer darf nicht dazu aufgefordert werden, sich an der Finanzierung eines Garantiefonds zu beteiligen, der seine gesetzlich erworbenen Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber decken soll.

⁸ ABL. Nr. C 39 vom 12.2.1979, S. 26 ff.

3. Richtlinie des Rates vom 20. Oktober 1980^{9a}

Der Rat der Europäischen Gemeinschaften hat nun gestützt auf den Vorschlag der Kommission,^{9b} nach Stellungnahme des Europäischen Parlamentes^{9c} und nach Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses^{9d} für die umstrittene Begrenzung der Zahlungspflicht eine etwas differenzierte- re Regelung getroffen.

Nach Art. 3 haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit Garantieeinrichtungen die Befriedigung der nichterfüllten Ansprüche der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis sicherstellen. Die Ansprüche berechnen sich für einen Zeitraum, der vor einem bestimmten Zeitpunkt liegt und von den Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 2 im Rahmen der gebotenen Möglichkeiten selber festgelegt werden kann.^{9e} Die Zahlungspflicht der Garantieeinrichtung kann nun je nach gewähltem Zeitpunkt begrenzt werden.^{9f} DieMindestdauer beträgt drei Monate, kann aber u.U. sogar auf 8 Wochen herabgesetzt werden.

Was die Frage der Finanzierung betrifft, so sind die Mittel vom Arbeitgeber aufzubringen, es sei denn, dass diese im vollen Umfang durch die öffentliche Hand gewährleistet sind (Art. 5 lit. b).

9a ABl. Nr. L 283 vom 28.10.1980, S. 23 ff.

9b ABl. Nr. C 135 vom 9.6.1978, S. 2 ff.

9c ABl. Nr. C 39 vom 12.2.1979, S. 26 ff.

9d ABl. Nr. C 105 vom 26.4.1979, S. 15 ff.

9e Art. 3 Abs. 2: Der in Absatz 1 genannte Zeitpunkt ist nach Wahl der Mitgliedstaaten entweder der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers; oder der Zeitpunkt der Kündigung zwecks Entlassung des betreffenden Arbeitnehmers wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers; oder der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers oder der Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses des betreffenden Arbeitnehmers wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers.

9f Art. 4 trifft eine Abstufung, die sich auf Art. 3 Abs. 2 stützt.

4. Weitere Entwicklung

In Anlehnung an die EG-Richtlinie hat die parlamentarische Versammlung des Europarates eine Empfehlung^{9g} mit folgendem Inhalt herausgegeben:

- Schaffung eines vom Vermögen des Arbeitgebers unabhängigen Fonds, der die Lohnzahlungen garantiert;
- Finanzierung dieses Fonds primär durch den Arbeitgeber und sekundär durch einen öffentlichen Fonds;
- Staatshaftung für die geschuldeten Lohnzahlungen;
- Garantie eines sozialen Schutzes des Arbeitnehmers, der unabhängig von der Beitragsentrichtung gewährt wird.

Das CDCJ (Comité européen de coopération juridique) des Europarates hat das CJ-DF (Comité d'experts sur le droit de la faillite) beauftragt, die Frage des Schutzes des Arbeitnehmers bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, gestützt auf die Empfehlung der parlamentarischen Versammlung und die Richtlinie der Europäischen Gemeinschaften, zu prüfen und allenfalls ein entsprechendes Instrument auszuarbeiten.^{9h}

^{9g} Empfehlung Nr. 919 (1981) vom 13. Mai 1981.

^{9h} Addendum III au CDCJ (81) 58, vom 22. Dezember 1981, vgl. auch Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, discussion par l'Assemblée le 13 mai 1981 (3^e séance), siehe Doc. 4699, rapport de la commission des questions sociales et de la santé.

V. RECHTSVERGLEICHENDER UEBERBLICK

Schon bevor die EG-Richtlinie aufgestellt wurde, haben verschiedene Länder in Europa eine vergleichbare Lösung in ihr Recht aufgenommen.^{10a} Das Europäische Parlament hat bedauert, dass ein Vorschlag zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zu einem Zeitpunkt unterbreitet wurde, wo derartige Rechtsvorschriften in mehreren Mitgliedstaaten schon seit Jahren in Kraft sind.^{10b}

1. Deutschland: Gesetz über das Konkursausfallgeld¹¹

Bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers erhält der Arbeitnehmer in Deutschland für die Netto-Forderung der letzten drei Monate vor Verfahrenseröffnung einen Anspruch auf Konkursausfallgeld gegen die Bundesanstalt für Arbeit. Diese hat ein Eintrittsrecht (Cessio legis), und die Forderungen bleiben gegenüber der Konkursmasse privilegiert.¹²

Falls der Arbeitnehmer kein Konkursausfallgeld beansprucht, so bleibt er für die Forderungen der letzten 6 Monate vor Konkurseröffnung Massegläubiger. Was die Lohnrückstände für den 4. bis 7. Monat vor Konkurseröffnung betrifft, so werden auch diese zu Masseschulden (§ 59 KO); Forderungen vom 7. bis 12. Monat geniessen hingegen lediglich ein Konkursprivileg (§ 61 KO).

10a Birk, RabelsZ 1975, 605-646.

10b ABl. Nr. C 39 vom 12.2.1979, S. 26.

11 Vom 17. Juli 1974, vgl. dazu §§ 141a-141h und 186b-186d AFG.

12 §§ 59 und 61 KO; Dallèves/Ammann 8 ff.; Oehlerking 52, 55 ff.

Dass für insgesamt 6 Monate Lohnrückstände, die vor Konkurs-
eröffnung entstanden sind, zu Masseschulden werden, ist
nicht nur eine dogmatische Inkonsequenz, sondern hat sich
auf das Insolvenzverfahren äusserst negativ ausgewirkt
und zu einer permanenten Massearmut geführt. Sogar Sozial-
planansprüche nach §§ 111 ff. BetrVG werden für die Zeit
nach Konkurseröffnung vom Bundesarbeitsgericht zu
Masseschulden erklärt.¹³

13 Beschluss des Grossen Senats des BAG, JZ 1979, 192 = NJW 1979, 774 =
DB 1970, 261 = BB 1979, 267.

Das Problem der Masseschulden ist auf heftige Kritik gestossen:
Hamelbeck, NJW 1975, 1497 f.; Hanisch, JB 1977, 241 und BJM 1977,
170 f.; Heilmann NJW 1974, 1895-1897 und NJW 1975, 1758-1763;
von Stebut, DB Beilage Nr. 9/75, 14 f.;
Uhlenbruck, NJW 1975, 897-903; Zeuner, JZ 1976, 1-9; vgl. BAG,
Beschl. v. 30.10.1979 = ZIP 1980, 202: "Die bei der Aufstellung
eines Sozialplans im Konkurs erforderliche Berücksichtigung der
Interessen der anderen Konkursgläubiger muss nicht zwangsläufig
dazu führen, dass der Sozialplan einen Teil der nach Berichtigung
der Masseverbindlichkeiten verbleibenden Konkursmasse für die nach-
rangigen Konkursgläubiger übrig lässt. Vielmehr kann eine sachge-
rechte Interessenabwägung auch ergeben, dass angesichts der noch
vorhandenen Konkursmasse den sozialen Belangen der betroffenen Ar-
beitnehmer der Vorrang gebührt." Zur Kontroverse, ob vertragliche
Abmachungen für den Verlust des Arbeitsplatzes gleich behandelt
werden sollen wie Sozialplanansprüche, vgl. Grunsky, ZIP 1981,
1177-1180.

Angesichts dieser ständigen Massearmut verlieren die Gläubiger jegliches Interesse an der Zahlung von Massekostenvorschüssen und versuchen, ihre Kredite anderweitig sicherzustellen durch Aussonderungs- und Absonderungsrechte, verlängerten oder erweiterten Eigentumsvorbehalt, Globalabtretungen künftiger Forderungen, Sicherungsübereignung und -abtretung. Diese Massnahmen bewirken nochmals eine Verringerung der Konkursmasse (eventuell mit Factoring und Leasing zusammen).¹⁴

Diese negativen Auswirkungen, bedingt durch die Einführung des Konkursausfallgeldes und vermehrter Privilegien, können nur eingedämmt werden, indem insolvenzrechtliche Privilegien wieder rückgängig gemacht werden.¹⁵

Zur Finanzierung ist zu erwähnen, dass die von der Bundesanstalt für Arbeit bevorschussten und nicht wieder eingebrachten Beträge am Ende eines jeden Jahres berechnet und von den Arbeitgebern anteilmässig übernommen werden.¹⁶

2. Oesterreich: Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz (IESG)¹⁷

Ansprüche des Arbeitnehmers in Oesterreich auf Dienstbezüge für die letzten 30 Tage vor Konkurseröffnung und Ansprüche, die sich aus Beendigung des Dienstverhältnisses ergeben, soweit sie 30 Tage vor Konkurseröffnung fällig geworden sind, gelten (ebenfalls systemwidrig) als Massaschulden.¹⁸

14 A.M. von Stebut, ebd. S. 15: Gläubiger, die auf eine Absicherung ihrer Kredite ohne zwingenden Grund verzichten, würden kaufmännisch unverantwortlich und leichtfertig handeln; sie hätten sich den Ausfall ihrer Forderung im Konkurs selbst zuzurechnen.

15 Kritik bei Schlüter, 189 ff.; Uhlenbruck, NJW 1975, 902.

16 Dallèves/Ammann 10.

17 IESG vom 2. Juni 1977 in der Fassung vom 15. Dezember 1980, Bundesgesetzesblatt für die Republik Oesterreich Nr. 324/1977 und Nr. 580/1980.

18 § 46 Abs. 2 öKO. Hanisch, JB 1977, 241.

Das Insolvenz-Ausfallgeld deckt hingegen Ansprüche, die bis zum Ende des dritten Monats entstanden sind, der auf die Eröffnung des Konkurses, eines anderen Insolvenzverfahrens oder auf die Abweisung eines Antrages folgt. Damit Arbeitnehmer, die bei einer gescheiterten Betriebsfortführung mitgewirkt haben, keinen Nachteil erleiden, ist für diese das Ende des hierauf folgenden dritten Monats massgebend.¹⁹

Was die Aufbringung der Mittel und die Deckung des Aufwandes betrifft, wird der Ausfallgeld-Fonds durch einen jährlich festzusetzenden Zuschlag zu dem vom Arbeitgeber zu leistenden Anteil des Arbeitslosenversicherungsbeitrages finanziert.²⁰ Dieser Zuschlag ist vom Arbeitgeber zu tragen.

3. Frankreich: Super-Privileg und Lohnausfallversicherung²¹

Für Lohnrückstände der letzten 60 Arbeitstage vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens besitzt der Arbeitnehmer ein Super-Privileg, das allen anderen Vorrechten vorgeht. Rückständige Lohnforderungen sind innert 10 Tagen nach Insolvenzeröffnung auszuzahlen. Das französische Recht hat eine Limitierung der Gehaltshöhe eingeführt.²²

Sollte das Massevermögen zur Deckung der super-privilegierten Forderungen nicht ausreichen, so wird der Restbetrag aus einem Versicherungsfonds geleistet. Dieser deckt auch Ansprüche des Arbeitnehmers, die nicht unter das Super-Privileg fallen; die Frist von 10 Tagen gilt

19 § 3 Abs. 1 IESG, Arbeitnehmerbegriff bei Schwarz, 542-545.

20 § 12 Abs. 1 Ziff. 5 IESG.

21 Dekret No. 73-1208 vom 29.12.1972 und Dekret No. 74-808 vom 19.9.1974 = Art. L 143-11-1 ff. Code du travail.

22 Vgl. Dallèves/Ammann 12.

dabei nicht. Die Auszahlung kann zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen. Die Versicherungsbeiträge werden ebenfalls vom Arbeitgeber getragen.²³

§ 16 INSOLVENZENTSCHÄDIGUNG

Anlässlich der Revision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes wird nun neu eine Insolvenzenschädigung eingeführt, Art. 50-56^{bis} E-ALVG.²⁴ Sie hat den Zweck, das Risiko des Lohnausfalles bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers zu decken und die Lücke im Arbeitslosenversicherungssystem zu schliessen.²⁵ Nachstehend sollen einige wesentliche Punkte herausgegriffen werden.

I. VERSICHERTES RISIKO

1. Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers

Gemäss Art. 50 E-ALVG haben beitragspflichtige Arbeitnehmer Anspruch auf eine Insolvenzenschädigung, wenn:

- a) gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen oder
- b) sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen ein Begehren auf Pfändung gestellt haben.

Die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers muss demnach offensichtlich sein (Konkurseröffnung, Pfändungsbegehren).

²³ Dallèves/Ammann 11 ff.; Hanisch, JB 1977, 242.

²⁴ Art. 6 E-ALVG vermittelt lediglich einen Ueberblick über nachfolgend geregelte Arten von Leistungen und begründen keinen eigenständigen Anspruch, BBl. 1980 III 558.

²⁵ Botschaft zum E-ALVG, BBl. 1980 III 507.

2. Art und Umfang der gedeckten Forderung

a) Zeitliche Begrenzung

Ausbezahlt werden Lohnforderungen für die letzten drei Monate vor der Konkursöffnung oder dem Pfändungsbegehren, Art. 51 E-ALVG. Der Lohnanspruch einschliesslich der verdienten Zulagen bezieht sich immer auf bereits geleistete Arbeit und wird voll zu 100 Prozent gedeckt.²⁶ Forderungen, die erst nach Konkursöffnung bzw. nach dem Pfändungsbegehren oder infolge Konkurses entstehen, werden von Art. 28 E-ALVG erfasst.²⁷ Im Gegensatz zur vollen Deckung bei der Insolvenzenschädigung wird dabei nur ein Taggeld in der Höhe von 70 respektive 80 Prozent für verheiratete oder ihnen gleichgestellte Personen ausbezahlt, Art. 21 E-ALVG.

b) Limitierung der Gehaltshöhe

Die Insolvenzenschädigung wird nicht unbeschränkt entrichtet, sondern nur für jeden Monat bis zum massgebenden Höchstbetrag für die Beitragsbemessung.²⁸

c) Sozialabzüge

Anstelle des geschuldeten Lohnes tritt die Insolvenzenschädigung. Sie unterliegt infolgedessen der Beitrags-

²⁶ Der Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen hat eine Beschränkung auf einen angemessenen Prozentsatz vorge schlagen, BBl. 1980 III 508.

²⁷ Siehe ausführlicher dazu o. § 8 V 3; etwas ungenau Ammann, SZS 1980, 229, wohl hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Leistung, wenn nach Art. 10 Abs. 3 E-ALVG noch Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber bestehen. Art. 28 E-ALVG wurde aber dahingehend abgefasst, dass wenn Zweifel hinsichtlich des Bestandes der Forderung oder hinsichtlich der Erfüllung bestehen, die Kasse Entschädigungen zahlt.

²⁸ Art. 2 und 51 E-ALVG, zur Zeit maximal Fr. 3 900.-.

pflicht an die AHV/IV/EO, die Arbeitslosenversicherung und die SUVA. Der Abrechnungspflicht kommt die Arbeitslosenkasse nach und nicht mehr wie bis anhin das Konkursamt, Art. 51 Abs. 2 E-ALVG.²⁹

3. Territoriale Begrenzung

Nur Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, haben Anspruch auf eine Insolvenzentschädigung, Art. 50 E-ALVG. Nach der Botschaft kommen auch die in der Schweiz arbeitenden Grenzgänger in den Genuss dieser Versicherung.³⁰ Da die Lohnforderung vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstanden ist, liegt darin kein Leistungsexport.

II. ANSPRUCHSBERECHTIGTE ARBEITNEHMER

Anspruchsberechtigt sind beitragspflichtige Arbeitnehmer.³¹ Art. 1 E-ALVG verweist betreffend der Beitragspflicht auf Art. 1 AHVG.³² Der Begriff des Arbeitnehmers wird vorausgesetzt; deshalb kann auf die von Doktrin und Praxis erarbeiteten Kriterien verwiesen werden.³³

Unter der Bedingung, dass ein Leistungsexport ausgeschlossen ist, sind ausländische Arbeitnehmer den Schweizern gleichgestellt.³⁴

29 Botschaft zum E-ALVG, BBl. 1980 III 606.

30 Vgl. BBl. 1980 III 605.

31 Art. 50 E-ALVG. Es wird jedoch keine Mindestbeitragszeit verlangt, vgl. BBl. 1980 III 547, 605.

32 SR 831.10.

33 Siehe vor allem o. § 9.

34 Botschaft zum E-ALVG, BBl. 1980 III 523, 546, 605.

III. GELTENDMACHUNG

1. Frist von 60 Tagen

Der Arbeitnehmer hat den Entschädigungsanspruch spätestens 60 Tage nach der Anzeige des Konkurses im Schweizerischen Handelsamtsblatt oder 60 Tage nach dem Pfändungsvollzug bei der öffentlichen Kasse zu stellen, die am Ort des Betreibungs- und Konkursamtes zuständig ist, Art. 52 E-ALVG.³⁵ Versäumt der Arbeitnehmer die Frist, so verliert er seinen Anspruch, denn die Insolvenzenschädigung beschränkt sich ausschliesslich darauf, im Konkursfall des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer den notwendigen Lebensunterhalt zu garantieren.³⁶

2. Uebergang der Forderung auf die Kasse

Die Ansprüche im Ausmass der ausgerichteten Entschädigung (einschliesslich Sozialversicherungsbeiträge) gehen samt dem gesetzlichen Konkursprivileg an die Kasse über.³⁷ Diese hat sich in das Konkursverfahren einzuschalten und darf auf die Geltendmachung nur verzichten, wenn das Verfahren eingestellt worden ist. Der Arbeitnehmer hat bis zur Mitteilung der Kasse, dass sie an seiner Stelle ins Verfahren eintrete, die zur Wahrung seines Anspruches erforderlichen Vorkehren zu treffen, wie etwa die Anmeldung der Lohnforderung im Konkurs.³⁸

3. Uebrige Forderungen

Forderungen, die von der Kasse nicht übernommen werden,

³⁵ Zum Problem einer eventuellen Kassenwahl vgl. BBl. 1980 III 607 f.

³⁶ BBl. 1980 III 605.

³⁷ Art. 53 E-ALVG.

³⁸ Art. 54 E-ALVG.

sind vom Arbeitnehmer selber im Konkursverfahren geltend zu machen. Es sind dies Lohnforderungen, die über den Höchstbetrag hinausgehen, sowie Ansprüche, die weiter als drei Monate zurückliegen.

IV. FINANZIERUNG

Nach Art. 56 E-ALVG wird die Insolvenzenschädigung aus den Mitteln der Arbeitslosenversicherung finanziert. Der Beitragssatz beträgt 0,5 Prozent des massgebenden versicherbaren Lohnes (Art. 2 und 3 E-ALVG).³⁹ Arbeitnehmer und Arbeitgeber entrichten ihn je zur Hälfte.⁴⁰

V. KRITISCHE WUERDIGUNG

1. Die 3-Monatsfrist

Die Insolvenzenschädigung deckt Lohnforderungen für die letzten drei Monate vor Konkurseröffnung, Art. 51 Abs. 1 E-ALVG. Das Konkursprivileg hingegen umfasst einen Zeitraum von sechs Monaten, Art. 219 Abs. 4 SchKG. Diese unterschiedliche Berechnung hat zur Folge, dass am Konkursverfahren die Kasse mit dem abgetretenen Betrag sowie der Arbeitnehmer einesteils mit jenen Forderungen, die mehr als drei Monate zurückliegen,

³⁹ Möglichkeit einer Erhöhung oder Reduzierung, BBl. 1980 III 556.

⁴⁰ Kontroverse bei der Frage der Finanzierung, BBl. 1980 III 508 f.

andernteils mit jenen, welche über die Plafonierung hinausgehen, beteiligt sind. Eine Gleichsetzung der Fristen wurde in der Botschaft abgelehnt mit dem Argument, die Insolvenzenschädigung sei dem System der Arbeitslosenversicherung fremd; sie soll sich nur darauf beschränken, im Konkursfall des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer den Lebensunterhalt zu garantieren.⁴¹

Unbestrittenermassen hat die Insolvenzenschädigung den Zweck, kurzfristig den Lebensunterhalt des Arbeitnehmers zu sichern. Die Praxis hat aber gezeigt, dass selten Lohnforderungen im Konkursverfahren geltend gemacht werden, die mehr als drei bis vier Monate zurückliegen.⁴² Jene Fälle, in denen trotzdem Lohnforderungen für mehr als drei Monate geschuldet werden, sind eine Ausnahme und würden die Versicherung kaum spürbar belasten. Für den betroffenen Arbeitnehmer stellt sich aber doch die nicht unbedeutende Frage, ob er bei einer überschuldeten Masse eine lückenlose Lohnzahlung erhält oder nicht. Vor allem werden nicht jene Arbeitnehmer benachteiligt, die bei einer sich abzeichnenden Insolvenz sogleich betreibungsrechtliche Schritte gegen ihren Arbeitgeber unternommen haben, sondern jene, die ihren Lohn gestundet haben und den Arbeitnehmer nicht in Konkurs bringen wollten.

Die 3-Monatsfrist zwingt aber die Arbeitnehmer, in Zukunft bedenkenlos und unerbittlich gegen den Arbeitgeber vorzugehen. Dadurch kann die Weiterexistenz eines Betriebes aber erst recht gefährdet werden.⁴³ Nicht selten kann bei einem etwas längeren Zuwarten ein Konkurs noch vermieden werden. Dies liegt im Interesse

41 BBl. 1980 III 626.

42 Ammann, SZS 1980, '230.

43 BBl. 1980 III 508.

aller: des Arbeitgebers, des Arbeitnehmers, der seinen Arbeitsplatz behalten kann, und nicht zuletzt auch der Arbeitslosenversicherung, die keine Insolvenzenschädigung zu entrichten hätte.

2. Lohnzusammensetzung

Nach Art. 51 E-ALVG sind Lohnforderungen bis zum Höchstbetrag für die Beitragsbemessung, einschliesslich der verdienten Zulagen, von der Versicherung gedeckt.

Der Unterteilung von Dallèves/Ammann in Arbeitsentgelt im engeren Sinne und übrige Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis kann nicht beigespflichtet werden.⁴⁴ Massgebend ist vielmehr der Zeitpunkt, zu dem eine Geltendmachung der Forderung möglich ist. Eine Forderung, die in der 3-Monatsfrist vor Konkurseröffnung entstanden ist, sollte mithin auch von der Insolvenzversicherung gedeckt werden. Sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis berechnen sich pro rata temporis. Einzige Schranke bildet die Plafonierung. Diese Lösung entspricht auch dem Gesetzeswortlaut in Art. 51 E-ALVG, der allgemein Lohnforderungen und verdiente Zulagen für den Zeitraum von drei Monaten vor Konkurseröffnung umfasst.

44 Dallèves/Ammann 42. Lohnforderungen im engeren Sinne sind: Lohn (Art. 322 OR), Anteil am Geschäftsergebnis (Art. 322a OR), Provision (Art. 322b, 349b, 350a OR), vereinbarte Gratifikation (Art. 322d OR); übrige Forderungen aus dem Arbeitsvertrag sind: bezahlte Ferien (Art. 329d OR), Auslagenvergütung (Art. 327a und b OR), Rückzahlung von Kautionen (Art. 330 Abs. 4 OR), Entschädigungen wegen ungerechtfertigter Entlassung (Art. 337c, 336g OR), Abgangsentschädigung (Art. 330b OR), Entschädigung im Zusammenhang mit Art. 340 OR und weitere vertraglich abgemachte Forderungen.

Forderungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Konkurses sowie die Rückforderung von Kauttionen entstehen in der Regel erst durch die Kündigung anlässlich oder nach der Konkursöffnung und können erst zu diesem Zeitpunkt auch geltend gemacht werden.⁴⁵ Falls die Einbringlichkeit dieser Forderungen fraglich ist, so können sie von der Arbeitslosenversicherung im Rahmen des neuen Art. 28 E-ALVG übernommen werden. Allerdings besteht ausser der Plafonierung noch der Nachteil, dass diese nur zu 70 respektive 80 Prozent ausbezahlt werden.

3. Finanzierungsproblem

In den meisten vergleichbaren ausländischen Regelungen sind es die Arbeitgeber, die für die Finanzierung der Insovenzversicherung aufkommen.⁴⁶ In diesem Zusammenhang sei noch einmal erwähnt, dass sowohl die Europäischen Gemeinschaften als auch die parlamentarische Versammlung des Europarates vorgeschlagen haben, in erster Linie den Arbeitgeber zu belangen. Allenfalls käme in Ergänzung dazu eine Aeufnung der Mittel durch einen öffentlichen Fonds in Frage. Der Arbeitnehmer dürfe aber keinesfalls zur Finanzierung herangezogen werden.⁴⁷

Die Schweiz ist in dieser politisch brisanten Frage mit der paritätischen Beitragserhebung wieder einmal zu Lasten der Arbeitnehmer von der europäischen Norm abgewichen.⁴⁸

45 Es sind dies vor allem: Entschädigung wegen ungerechtfertigter Entlassung (Art. 337c, 336g OR), Abgangsentschädigung (Art. 339b OR), Sozialplanansprüche, Entschädigung im Zusammenhang mit Art. 340 OR.

46 Vgl. o. § 15 V.

47 ABL. Nr. L 283 vom 28.10.81, S. 23 ff.

48 BBL. 1980 III 508.

4. Kostenvorschuss

Bei Feststellung der Zahlungsunfähigkeit wird nach Art. 50 E-ALVG auf die Konkurseröffnung oder auf das Pfändungsbegehren abgestellt. In einigen wenigen Fällen kann nun die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zwar offensichtlich sein, aber wenn kein Gläubiger einen Kostenvorschuss leistet, wird der Konkurs trotzdem nicht eröffnet.

Der Arbeitnehmer hat nun die Möglichkeit, nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG eine Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung zu verlangen. Die Gebühren für die Konkurseröffnung und die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven bewegen sich je zwischen Fr. 20.- und 50.-; das sind maximal Fr. 100.-.⁴⁹

Es ist zu überlegen, ob die Gebühren für die Konkurseröffnung nicht auch von der Insolvenzenschädigung gedeckt werden sollten. Es handelt sich doch um einen Betrag, der noch vor Konkurseröffnung im Zusammenhang mit der ausstehenden Lohnforderung entstanden ist. Falls die Masse nicht überschuldet ist, kann dieser vom Arbeitgeber zurückgefordert werden.

Dallèves/Ammann schlagen ausnahmsweise die Gewährung von unentgeltlicher Rechtshilfe vor.⁵⁰

Eine weitere Möglichkeit wäre eine Kostenaufteilung unter sämtliche Gläubiger, die aufgrund dieser Konkurseröffnung eine Zahlung seitens der Versicherung erhalten. Dadurch verringert sich die Belastung für jeden einzelnen und wird zu einem durchaus tragbaren Kostenfaktor.

49 Art. 52 und 53 der Verordnung des Bundesrates: Gebührentarif zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 7. Juli 1971.
50 A.M. Fritzsche Bd. I § 15, S. 114.

5. Gesamthafte Würdigung

Obwohl die Insolvenzenschädigung nicht sämtlichen Ansprüchen des Arbeitnehmers im Konkursfall des Arbeitgebers gerecht wird, ist die Lösung als Ganzes zu begrüßen.

Bei einer kritischen Betrachtung sollte nicht so sehr ein Vergleich mit der Regelung der EG-Länder im Vordergrund stehen, sondern vielmehr ein Vergleich mit der momentanen unbefriedigenden Situation des Arbeitnehmers. Unter diesem Aspekt bedeutet die Einführung einer Insolvenzenschädigung einen nicht unbedeutenden Fortschritt in der schweizerischen Sozialgesetzgebung.

4. Kapitel

ZUSAMMENFASSUNG

Die besondere Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers ist teils durch seine wirtschaftliche und soziale Abhängigkeit von seinem Arbeitgeber, teils durch seine Vorleistungspflicht bedingt. Er leistet seine Arbeit um voraus ohne irgendeine Sicherheit und im blossen Vertrauen darauf, dass ihm Ende Monat der Lohn ausbezahlt wird.

Ein besonderes Problem stellt der Informationsmangel über die finanziellen Verhältnisse des Arbeitgebers dar. Dies verunmöglicht eine rechtzeitige Sicherstellung künftiger Forderungen. Dem Arbeitnehmer als Gläubiger des Arbeitgebers stehen die gleichen Informationsmöglichkeiten zu, die spezifisch dem Gläubigerschutz dienen wie Einsichtsrecht in die Protokolle der Betreibungs- und Konkursämter, des Grundbuches und des Eigentumsvorbehaltsregisters; ebenso kann er die Auflegung der Bilanz einer Aktiengesellschaft beim Handelsregister verlangen. Zusätzlich hat er nach Art. 337a OR die Möglichkeit, künftige Lohnforderungen sicherstellen zu lassen. Er kann die Sicherheitsleistung aber nicht auf dem Betreibungswege geltend machen, sondern höchstens seine Leistung bis zur Sicherstellung verweigern und allenfalls das Vertragsverhältnis auflösen.

Bei Nichtbezahlung fälliger Forderungen kann er den Arbeitsvertrag ebenfalls unter Schadenersatzfolge auflösen. Die Möglichkeit der Verrechnung und des Retentionsrechtes bleiben ihm vorbehalten.

Auf Arbeitgeberseite könnte ein Insolvenzfonds geschaffen werden. Das Problem der ausbleibenden Lohnzahlung kann zwar durch eine allfällige Vorleistungspflicht des Arbeitgebers umgangen werden, aber die Lösung wäre nicht für beide Teile befriedigend.

Im Pfändungsverfahren gilt der Grundsatz: *prior tempore potior iure*. Infolge des bereits erwähnten Informationsproblems erfährt der Arbeitnehmer oft zu spät von den Zahlungsschwierigkeiten und verpasst die Frist nach Art. 110 SchKG. De lege ferenda sollte ihm aufgrund seiner persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit, die Möglichkeit eines privilegierten Pfändungsanschlusses nach Art. 111 SchKG zukommen.

Eine Konkurseröffnung bewirkt noch nicht die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, sondern die Konkursverwaltung und später die Gläubigerversammlung entscheiden darüber, ob der Betrieb weiter geführt oder stillgelegt werden soll. Bei einer Weiterführung werden die Lohnforderungen zu Massaschulden. In nicht seltenen Fällen findet hingegen gar kein ordentliches Konkursverfahren statt.

Der Konkurs wird im summarischen Verfahren durchgeführt, mangels Aktiven eingestellt oder gar nicht erst eröffnet.

Sämtliche Forderungen des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis sind in der ersten Klasse privilegiert (Art. 219 Abs. 4 SchKG), sofern sie sechs Monate vor Konkurseröffnung fällig geworden sind.

In den Genuss des Konkursprivileges kommen sämtliche Arbeitnehmer (inklusive leitende Angestellte) sowie arbeitnehmerähnliche Personen. Da die Forderungen der leitenden Angestellten und der arbeitnehmerähnlichen Personen im Vergleich zur Totallohnsumme einen beträchtlichen Teil ausmachen und zu Ungerechtigkeiten gegenüber den übrigen Arbeitnehmern führen können, sollte die Gehaltshöhe limitiert werden. In diesem Zusammenhang stellt sich aber die Frage, ob unter dem Aspekt einer Gleichbehandlung nicht sämtliche Forderungen für die Privilegierung begrenzt werden sollen, falls Erstklassgläubiger sonst einen Verlust erleiden würden.

Da Arbeitnehmer mit langfristigen Arbeitsverträgen gegenüber jenen Arbeitnehmern mit Verträgen auf unbestimmte Zeit im Vorteil sind, sollten nur Forderungen bis zum Ablauf einer fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist in die erste Klasse fallen und ein weitergehender Anspruch in die letzte Klasse verwiesen werden.

Die statuierte 6-Monatsfrist hat lediglich den Zweck, Arbeitnehmer zu veranlassen, ihre Forderungen in diesem Zeitpunkt auch geltend zu machen und erübrigte sich.

Die pfandversicherten Forderungen werden aber nach Art. 219 Abs. 1 SchKG vorab befriedigt, so dass die Arbeitnehmer trotz Konkursprivileg einen Verlust erleiden.

Um eine Besserstellung des Arbeitnehmers im SchKG zu erreichen, könnten z.B. Pfandgläubiger generell verpflichtet werden, einen gewissen Prozentsatz des Pfandverwertungserlöses an die Konkursmasse abzuliefern.

Die Regelung im Arbeitslosenversicherungsgesetz ist ungenügend. Art. 28 AlVG umfasst lediglich Ansprüche, hinsichtlich deren Bestand, nicht aber hinsichtlich deren Einbringlichkeit Zweifel bestehen. Der Entwurf bringt eine Neuerung: die Kasse kann auch eine Entschädigung entrichten, wenn bei Insolvenz des Arbeitgebers Zweifel hinsichtlich der Bonität bestehen. Es handelt sich dabei hauptsächlich um Lohnforderungen für den Zeitraum von der Konkurseröffnung und Kündigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist.

Ansprüche, die vor Konkurseröffnung und Kündigung entstanden sind, werden neu von der kommenden Insolvenzentschädigung erfasst. Durch Art. 28 E-AlVG und die Insolvenzenschädigung, Art. 50-56^{bis} E-AlVG kann zudem eine speditive Auszahlung erreicht werden, denn der Arbeitnehmer ist in der Regel auf monatliche Zahlungen angewiesen, damit er seinerseits die regelmässigen Verpflichtungen erfüllen kann. Eine Lohnzahlung, die Monate später erfolgt, verfehlt ihren eigentlichen Zweck.

Ein Vergleich mit der EG-Richtlinie, den Regelungen in Deutschland, Oesterreich und Frankreich will das Problem und die Lösungsmöglichkeiten in den umliegenden Ländern aufzeichnen und zugleich eine Bewertung des sozialen Fortschritts ermöglichen, welcher durch das neue Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung angestrebt wird. Dieses zielt dahin, die Insolvenzfolgen etwas zu mildern; sie können aber nicht restlos verhindert werden.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 9. Dezember 1951 in Zürich geboren, wuchs in Cham/ZG auf und bestand 1971 an der Kantonsschule in Zug die Handelsmatura. Nach diverser praktischer Tätigkeit im kaufmännischen Sektor immatrikulierte ich mich im Herbst 1975 an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Am 10. Dezember 1980 schloss ich mein Studium mit dem Lizentiat und am 14. Juli 1982 mit dem Doktorat ab.

